المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري

رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ - ٦١٦ هـ

[illegible]

نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث عشر

إدارة القرآن
المجلس العلمي

الفصل السادس والعشرون

في إثبات الوكالة والوراثة وفي إثبات الدين

١٤٦٧٤ - ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي» : لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضي، وادعى أن عليه ألف درهم باسم فلان بن فلان الفلاني، وأن هذا المال لي، وأن فلانًا الذي باسم المال أقر أن هذا المال لي، وباسمه عارية في ذلك، وأنه قد وكلني بقبض ذلك منه والخصومة فيه، فالقاضي يسأل المدعى عليه عن هذه الدعوى، فإن أقر بجميع ذلك أمره القاضي بدفع المال إلى المدعي، وهذا لما عرف أن الديون تقضى من مال المديون، فإقراره بذلك تصرف منه على نفسه وفي ماله، فيصدق، فقد شرط الخصاف رحمه الله أن يدعي أن [هذا][1] فلان ابن فلان الذي باسمه المال وكّله[2] بقبض المال، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أن ذلك ليس بشرط، بل إذا أقر أن المال الذي عليه باسم فلان ملك هذا المدعي، أمر بالدفع إليه، وذكر هذه المسألة في «كتاب الأقضية»، وذكر جوابها على نحو ما ذكر الخصاف عن أبي يوسف، إلا أن في «الأقضية» لم ينسب هذا الجواب إلى أحد، ووجه ذلك أن الدين في الذمة مال مملوك كالعين، ثم لو ثبت كون العين مملوكًا للمدعي بأن ادعى عينًا في يدي رجل أنه ملكه، وأقر المدعى عليه بذلك، أمر بالدفع إليه، وإن لم يثبت كون المدعي وكيلا بالقبض من جهة أحد، فكذا إذا ثبت كون الدين مملوكًا للمدعي في الذمة يجب أن يؤمر بالدفع إليه، وإن لم يثبت كون المدعي وكيلا بالقبض من جهة أحد.

توضيحه: أن المقر أقر له بالدين مطلقًا، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وهو الثابت من كل وجه، وإنما يكون الدين مملوكًا للمقر له من كل وجه إذا كان مملوكًا للمقر له رقبة وتصرفًا في كل شيء.

وجه ظاهر الرواية: أن أصل الدين قد يكون مملوكًا لإنسان، ولا يكون له حق

---

(١) زيد من م.

(٢) وكان في الأصل: وكلني.

القبض ، ألا ترى أن الثمن في ذمة المشتري ملك الموكل بالبيع ، ولا يكون له حق القبض حتى لو امتنع عن تسليم الثمن إلى الموكل ، كان له ذلك ، إذا ثبت هذا ، فنقول : إن ثبت كون المال مملوكًا للمدعي بإقرار المدعى عليه ، ما ثبت له حق القبض لا محالة ، فيحتاج إلى دعوى الوكالة بالقبض ، فإذا أقر المدعى عليه بذلك أيضًا ، ثبت له حق القبض ، كما يثبت له الملك .

ثم إذا أقر المدعى عليه بجميع ذلك ، وأمره القاضي بدفع المال إلى المدعي ، لا يكون هذا قضاء على الغائب ، حتى لو جاء الغائب ، وأنكر التوكيل ، كان له أن يأخذ ماله من المدعى عليه ؛ وهذا لأن إقرار الإنسان حجة عليه ، وليس بحجة على غيره ، فيثبت التوكيل بإقرار المدعى عليه في حقه ، فأمرناه بالتسليم إلى المدعي ؛ لأن ذلك أمر عليه ، ولم يتعد ذلك إلى الغائب[1] ؛ لأنه أمر على غيره ، فإن جحد المدعى عليه الدعوى كلها ، فقال المدعي للقاضي : حلفه على فالقاضي يقول للمدعي : ألك بينة على ما ادعيت من إقرار الرجل بالمال لك ، ومن توكيله إياك بقبض ذلك المال ؛ لأنه يدعي لنفسه حق الخصومة ، وحق القبض ، والمدعى عليه ينكر ذلك كله ، فيحتاج المدعي إلى إقامة البينة عليه . ثم شرط في الكتاب أن يقيم المدعي بينة على إقرار ذلك الرجل بالمال ، وعلى توكيله إياه بالقبض ، وإقامة البينة على المال ليس بشرط لثبوت حق الخصومة ، وإنما الشرط إقامة البينة على الوكالة ، فيطلب القاضي منه البينة على الوكالة .

بعد هذا ، المسألة على وجهين : إن أقام بينة على الوكالة ثبت كونه خصمًا ، فيطلب القاضي منه البينة على المال على نحو ما ادعى ، فإن أقام بينة أخذ المال منه ، ويتعدى هذا القضاء إلى الغائب ، حتى لو جاء الغائب ، وأنكر التوكيل ، لا يكون له أن يأخذ المال من المدعى عليه ؛ لأن التوكيل يثبت بالبينة ، والبينة حجة في حق الناس كافة ، والمدعى عليه انتصب خصمًا من الغائب في إثبات هذه الوكالة ؛ لأن المدعى على الغائب سبب للمدعى على الحاضر ، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، فكما يثبت الوكالة في حق المدعى عليه تثبت الوكالة في حق الغائب أيضًا .

(١) هكذا في ط ، ز ، ك ، م ، والأصل وم : القاضي

وإن لم يكن للمدعي بينة على المال، وأراد استحلاف المدعى عليه، حلفه القاضي بالله ما لفلان ابن فلان الفلاني ولا باسمه عليك هذا المال الذي سماه فلان ابن فلان، ولا شيئًا منه، وهذا لأن المدعي لما أثبت وكالته بالبينة، صار خصمًا للمدعى عليه في دعوى المال، فهذا خصم ادعى مالا على من هو خصم له، فكان له أن يحلفه.

هذا إذا أقام المدعي البينة على الوكالة، وإن لم يكن للمدعي بينة على الوكالة، فقال للقاضي: إن هذا المدعى عليه يعلم أن فلانًا الذي باسمه المال قد وكلني بقبض هذا المال، فاستحلفه لي على ذلك، فالقاضي يستحلفه بالله ما تعلم أن فلان ابن فلان الفلاني وكل هذا بقبض المال على ما ادعى، كذا ذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي، وأضاف هذا الجواب إلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: هذا الجواب على قول الكل إلا أن الخصاف رحمه الله خص أبا يوسف ومحمدًا رحمهما الله بالذكر؛ لأنه لم يحفظ قول أبي حنيفة رحمه الله لا لأن قوله بخلاف قولهما، وإلى هذا مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني رحمه الله.

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا يحلف المدعى عليه بناء على مسألة ذكرها في الجامع الكبير: أن من اشترى عبدًا، وطعن المشتري فيه بعيب الإباق، أو غيره، وجحد البائع أن يكون به هذا العيب، فالقاضي يأمر المدعي بإقامة البينة على وجود هذا العيب به في الحال، فإن أقام بينة على ذلك ثبت العيب في الحال، وصار البائع خصمًا له، وإن لم يكن له بينة، فأراد استحلاف البائع بالله ما تعلم وجود هذا العيب به في الحال، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف، وعلى قولهما يستحلف، ولا فرق بين المسألتين، فإن وجود العيب للحال في المشترى شرط سماع الخصومة، كما أن الوكالة بالقبض هنا شرط سماع الخصومة، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله.

ثم إذا حلف بما مضى على الاتفاق أو على الاختلاف: إن حلف انتهى الأمر، وإن نكل صار مقرًا بالوكالة، فيقضي القاضي بالوكالة بحكم إقراره، ثم يسأله القاضي عن المال، فإن أقر بالمال على الوجه الذي ادعى، أمره بالتسليم، وإن أنكر المال صار خصمًا

للمدعي في حق الاستحلاف، وأخذ المال ولا يصير خصماً في حق إثبات المال عليه بالبينة، حتى لو أراد المدعي أن يقيم البينة على المال، فالقاضي لا يسمع بينته، وكذلك لو كان المدعى عليه أقر بالوكالة من الابتداء صريحاً، إلا أنه أنكر المال صار خصماً للمدعي في حق الاستحلاف، وأخذ المال، لا في حق إثبات المال عليه بالبينة، وإنما كان كذلك لأن المدعى عليه، إنما صار خصماً بالوكالة، والوكالة إنما يثبت بإقرار المدعى عليه، وإقراره حجة على نفسه، وليس بحجة على غيره، فتثبت وكالة المدعي في حق استحلافه على المال إن كان جاحداً للمال، وفي حق أخذ المال منه إن كان مقراً بالمال؛ لأنه يقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره، ولا تثبت وكالته في حق إثبات المال عليه بالبينة؛ لأنه لو ثبت يتعدى قوله إلى الغائب، وفي ذلك قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز.

١٤٦٧٦- ونظير هذا ما قال أصحابنا رحمهم الله: في رجل ادعى أن فلاناً ابن فلان الفلاني وكله بطلب كل حق له قبل هذا، وأن له عليه ألف درهم، فأقر المدعى عليه بالوكالة، وأنكر المال، فقال المدعي: أنا أقيم البينة أن هذا المال عليه. لم يكن خصماً له في ذلك [الوقت](١)، ولكن يكون خصماً في حق استحلافه، وفي حق أخذ المال منه إن أقر بالمال، والمعنى ما بينا.

وإن كان المدعى عليه أقر بالمال، وجحد الوكالة، فالقاضي يسأل من المدعي بينة على الوكالة، فإن أقام ثبتت الوكالة بالبينة، وصار خصماً مطلقاً، وإن لم يكن له بينة، وأراد استحلاف المدعى عليه على الوكالة حلفه، وهو على الاختلاف الذي مر، فإن حلف فقد انتهى الأمر، وإن نكل ثبتت الوكالة، ولكن في حق أخذ المال منه، لا في حق القضاء على الغائب؛ لما قلنا.

١٤٦٧٧- قال: ولو أن رجلاً جاء إلى القاضي، وأحضر معه رجلاً آخر، وادعى أنه وكيل فلان الغائب، وكله بقبض الدين الذي له على هذا، والخصومة فيه، وبقبض العين الذي له في يد هذا وديعة، وصدقه المدعى عليه في جميع ذلك، فإنه يؤمر بدفع الدين إلى المدعي، ولا يؤمر بدفع العين إليه، وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يؤمر بدفع الوديعة أيضاً، كما يؤمر بدفع الدين، وهكذا روي عن محمد رحمه

---

(١) ما بين المعقوفين موجود في الأصول فقط

الله ، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى الفرق بين العين والدين ، وعلى ظاهر الرواية يحتاج إلى الفرق بينهما .

والفرق أن الدين إنما يقضى من مال المديون ، فإقراره بالوكالة في فصل الدين إقرار بثبوت حق القبض للوكيل في مال نفسه ، فيكون إقراراً على نفسه ، فيصح ، أما إقراره بالوكالة في فصل العين إقرار بثبوت حق القبض له في ملك الغير ، فيكون إقراراً على الغير ، فلا يصح .

فإن كذّبه المدعى عليه في جميع ما ادّعى ، أو صدّقه في دعوى الوكالة ، وكذّبه في المال ، وصدقه في المال ، وكذّبه في الوكالة ، فهو على ما ذكرنا في المسألة المتقدمة .

فإن كذّبه في جميع ذلك ، فأقام الوكيل البينة على الوكالة والمال جملة ، ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" : لا يقبل الشهادة على المال ، بل يقبل على الوكالة ، ويقضي بالوكالة ، ثم يؤمر بإقامة البينة على المال بعد ذلك ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله : القاضي يقبل البينة على الوكالة وعلى المال ، فإذا عدلت البينة يقضى بالوكالة أولاً ، ثم بالمال ، ولم يذكر قول محمد رحمه الله ، وفي موضع آخر أن على قول محمد رحمه الله : القاضي يقبل البينة على الوكالة والمال جميعاً ، وذكر ثمّة أن قول أبي يوسف رحمه الله مضطرب .

وجه من قال : بقبول البينة على الوكالة والمال جميعاً أن البينة لا توجب الحق بنفسها ، وإنما توجب بواسطة اتصال القضاء بها ، فيعتبر هذا الترتيب في القضاء ، فلا جرم عندي القاضي يقضي بالوكالة أولاً ، ثم بالمال ، ولكن يقبل البينة على الأمرين في الابتداء .

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله : إن البينة وإن كانت لا توجب الحق بنفسها ، ولكن إنما يسمع من الخصم ، وإنما يصير المدعى خصماً في دعوى المال إذا كان وكيلاً ، ولم يثبت ذلك بعد هذا إذا وكله بقبض الدين والخصومة فيه ، فأما إذا وكّله بقبض الدين ، ولم يتعرض للخصومة ، فجحد المديون الوكالة والمال ، قبلت بينة الوكيل على الوكالة والمال جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما رحمهما الله : تقبل بينته على الوكالة ، ولا تقبل بينته على المال ، بناء على أن الوكيل بقبض الدين ، هل يملك الخصومة؟ عند

أبي حنيفة رحمه الله: يملك، وعندهما لا يملك.

١٤٦٧٨ - قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل وكّل رجلاً بالخصومة في كل حق له على الناس، فأحضر الوكيل رجلاً يدعي قبله حقاً للموكل، وهو جاحد للوكالة مقر بالحق، أو جاحد للحق أيضاً، وأقام عليه البينة بالوكالة، فقبل أن يظهر عدالة الشهود غاب الرجل، ثم عدلت الشهود، فالقاضي لا يقضي بالوكالة ما لم يحضر؛ لأن القضاء لا بد له من خصم حاضر يقضي عليه، فإن أحضر رجلاً آخر يدّعي عليه حقاً للموكل، وهو جاحد للوكالة، قضى القاضي عليه بالبينة الأولى؛ لأن المدعى عليه الأول صار خصماً عن جميع الناس في حق سماع البينة عليه؛ لأن مدعي الوكالة يحتاج إلى إثبات الوكالة بالبيّنة، ولا يمكنه إثبات الوكالة على الذي أحضره إلا بإثبات الوكالة على جميع الناس؛ لكون الوكالة واحدة، وانتصب الذي أحضر خصماً عن الناس كافة، وصار إقامة البينة عليه كإقامة البينة على الكل، ولو أقام على الكل، ثم غاب واحد منهم، أليس أنه يقضي بها على الحاضر؟ كذا هنا

واعتبره في الكتاب ببينة قامت على الوكيل، فغاب الوكيل، وحضر الموكل، أو قامت على الموكل، فغاب الموكل، وحضر الوكيل، أو قامت على المورث حال حياته، فمات وحضر الوارث، أو قامت على الوارث، فغاب هذا الوارث، وحضر وارث آخر، فإن في هذه الفصول يقضي بتلك البينة على الذي حضر ثانياً، والمعنى ما ذكرنا في "الزيادات" أيضاً

وإذا أقام بينة على رجل أن فلاناً وكّله بالخصومة معه، وطلب ماله من الحق عليه، فلم تظهر عدالة الشهود، حتى أقام الوكيل بينة على الرجل بحق الموكل القياس أن لا تقبل بينته.

وفي الاستحسان: يقبل، وهذا القياس والاستحسان إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله إن كان الخلاف فيما إذا أقام البينة على الوكالة والمال جملة بين أبي حنيفة وأبي يوسف، أو على قول محمد، إن كان الخلاف في تلك المسألة بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، أما لا يتأتى على قول أبي حنيفة رحمه الله، وقد مرّ الكلام فيه.

فبعد ذلك، المسألة على وجوه: إن زكّيت البينتان، قضى بالأمرين، ولكن على

الجامع الكبير على ما مر، وإن قبل العيب بالمشتري للحال شرط سماع الخصومة من الوارث في المال، ولم يثبت موت المورث بعد، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، فهو جعل مسألة الوارث نظير مسألة الوكيل على ما مر

وقال الشيخ الإمام علي الرازي، والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: القول الثاني أنه يحلف قول الكل أيضًا، قالا: وهو الصحيح، فهما جعلا هذه المسألة نظير مسألة الوكالة أيضًا، وذكر في موضع آخر أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أولاً: لا يستحلف، ثم رجع، وقال: يستحلف، فعلى ما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن مسألة الوكالة على الخلاف يحتاج إلى الفرق؛ لأبي حنيفة رحمه الله بين مسألة الوكالة وبين مسألة الوراثة على قوله الآخر، على ما ذكره في بعض المواضع.

والفرق: إن الوارث يدعي العين والدين، فينتصب خصمًا في الاستحلاف؛ لأن الاستحلاف في دعوى الإنسان لنفسه حقه، والإنسان ينتصب خصمًا في حقوقه، وأما في مسألة الوكالة فقد أقر بالحق للغائب، فلا ينتصب خصمًا إلا بعد إثبات الوكالة، والنيابة عنه، ولم يثبت بعد، فلا يكون له حق الاستحلاف.

ثم إذا استحلف، يستحلف على حاصل الدعوى بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي يدعي من الوجه الذي يدعي، وأنه جواب ظاهر الرواية على ما ذكرنا، وإن أقام المدعي بينة على النسب والموت دون المال، استحلف على المال بلا خلاف؛ لأن بإقامة البينة على النسب والموت يثبت كون المدعي خصمًا له، فيحلف بدعواه، كما في سائر الدعاوى، وإن أقام البينة على المال دون الموت والنسب، لا تقبل بينته؛ لأنه إنما ينتصب خصمًا في المال بواسطة النسب والموت، ولم يثبت ذلك بعد، والبينة على غير الخصم لا تقبل، وإن أقام البينة على النسب دون الموت والمال، لا تقبل بينته؛ لما قلنا

ثم إذا أقر بدعوى المدعي كله، وأمر بتسليم الدين والعين إلى المدعي، لا يكون هذا قضاء على الأب، حتى لو ظهر الأب حيًا كان له أن يتبع المدعى عليه بحقه، والمدعى عليه يتبع الابن، وإنما كان كذلك لأن بالإرث لا يتجدد الملك، بل يتقرر الملك الذي كان للمورث؛ لأن الوارث يخلف المورث في أملاكه، فكان هذا تقرير ملك المورث، فلا يتصور أن يكون قضاء عليه، ولو أقر بالوراثة والموت، وأنكر المال: يحلف

على المال؛ لأنه يثبت كونه خصماً بإقراره بالموت، والوراثة، فالدعوى صدر من الخصم، فيحلف كما في سائر الدعاوى.

١٤٦٨٠- ولو أقر بالمال، وأنكر النسب والموت، لا يحلف؛ لأنه إنما ينتصب خصماً بواسطة ثبوت النسب والموت، ولم يثبت بعد، واليمين لا يتوجه إلا بعد دعوى صحيحة من الخصم، وهذا الجواب على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، أو على قول أبي حنيفة رحمه الله أولاً على ما ذكر في بعض المواضع، أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكره شمس الأئمة السرخسي، أو على قول أبي حنيفة آخرا على ما ذكره في بعض المواضع، ينبغي أن يحلف، ولكن يحلف على العلم؛ لأن هذا تحليف لا على فعل نفسه، والتحليف لا على فعل نفسه يكون على العلم.

١٤٦٨١- قال: لو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي، وقال: إن أب هذا قد مات، ولي عليه ألف درهم دين، فإنه ينبغي للقاضي أن يسأل المدعى عليه أولاً أنه هل مات أبوه؟ ولا يأمره بجواب دعوى المدعي أولاً، وهذا لأن الجواب إنما يتوجه على الخصم، وإنما ينتصب الابن خصماً إذا مات الأب.

فبعد ذلك المسألة على وجهين: إما إن أقر الابن فقال: نعم مات أبي، أو أنكر موت الأب، فإن أقر وقال: نعم مات أبي سأله القاضي عن دعوى الرجل على أبيه؛ لأنه صار خصماً له، والجواب يتوجه على الخصم، فإن أقر له بالدين على أبيه استوفى الدين من نصيبه لإقراره على نفسه بذلك، وإن أنكر، وأقام المدعي بينة على ذلك، قبلت بينته، وقضى بالدين، ويستوفى الدين من جميع التركة، لا من نصيب هذا الوارث خاصة، وهذا لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن جميع الورثة فيما يدّعى على الميت، فصارت البينة القائمة على هذا الوارث[1] بمنزلة البينة على سائر الورثة، أو على الميت لو كان حيًّا، فيثبت الدين بهذه البينة في جميع التركة، بخلاف الإقرار.

ثم إنما يقضي القاضي بالدين في تركة الميت بهذه البينة بعد ما يستحلف المدعي على القبض والإبراء، وإن لم يدّع الوارث ذلك؛ لأن القاضي نصب ناظراً لكل من

(١) هكذا في ط وم، وكان في الأصل: على هذا الوارث، فصار بمنزلة البينة على سائر الورثة.

عاجز عن النظر لنفسه، وهذا الدعوى في الحقيقة على الميت، وهو عاجز عن النظر لنفسه، فينظر له القاضي باستحلاف المدعي، بخلاف ما إذا وقع الدعوى على الحي؛ لأن الحي قادر على الدعوى، فلا يستحلف بدون دعواه، بخلاف الميت، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي».

١٤٦٨٢- وذكر في «أدب القاضي» من «أجناس الناطفي» في الجنس الرابع: أن من ادعى دينًا في تركة الميت، وأقام بينة على ذلك، فالقاضي لا يحلفه على الاستيفاء عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يدع ذلك أحد الورثة، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يحلف، فما ذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي» قولهما، وهو اختيار الخصاف، ثم إذا أراد استحلافه يستحلفه بالله ما قبضته، ولا شيئًا منه، ولا ارتهنت به رهنًا، ولا بشيء منه، ولا احتلت به على أحد، ولا بشيء منه، ولا [illegible]، ولا أبرأ وكيلًا لك قبض هذا المال، ولا شيئًا منه، وإن ذكر مع ذلك، ولا وصل إليك بوجه من الوجوه، كان أحفظ.

وروى الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال: يستحلف بالله أنك لآخذ لحق؛ لأن في الأسباب المسقطة للدين كثرة، فلا يمكن حصرها، فيحلف على هذا الوجه، وإن لم يكن للمدعي بينة، وأراد استحلاف هذا الوارث، يستحلف على العلم عند علمائنا رحمهم الله بالله ما يعلم أن لهذا على أبيك هذا المال الذي ادعى، وهو ألف درهم، ولا شيء منه، فإن حلف انتهى الأمر، وإن نكل يستوفي الدين[1] من نصيبه، فإن كان هذا الوارث المدعى عليه أقرّ بالدين على الأب، أو أنكر، فلما حلف نكل، حتى صار مقرًّا بالدين، إلا أنه قال: لم يصل إليّ شيء من تركة الأب، فإن صدقه المدعي في ذلك، فلا شيء له، وهذا لأن الدين كان في ذمة المورث، والموت يتحول إلى التركة، فيوفى من تركته، فإذا لم يصل إلى هذا الابن شيء لو أخذناه، أخذناه ليوفى دين الابن من مال نفسه، وهذا مما لا وجه له، ولا سبيل إليه.

وإن كذّبه، وقال: لا، بل وصل إليه ألف درهم أو أكثر، وأراد أن يحلفه، حلفه على البتات بالله ما وصل إليك من مال أبيك هذا الألف، ولا شيء منه؛ لأنه تحليف

---

(١) هكذا في م، وكان في الأصل وظ: الدين، ولا معنى ههنا، فتأمل.

على فعل نفسه ، والتحليف على فعل نفسه يكون على البتات ؛ لما مر ، فإن نكل لزمه القضاء ؛ لأنه ثبت وصول التركة إليه ، والدين في التركة يقدم على الميراث ، وإن حلف لا شيء عليه .

هذا إذا حلف المدعي على الدين أولاً ، ثم حلفه على الوصول ، فلو أن المدعي من الابتداء حين أراد أن يحلف هذا الوارث على الدين ، قال له الوارث : ليس لك عليّ يمين ، فإنه لم يصل إليه من تركة الأب شيء ، وكذبه المدعي ، وقال : لا ، بل وصل إليك من تركة الأب كذا وكذا ، أو صدقه في ذلك إلا أنه مع هذا أراد استحلافه على الدين ، فالقاضي لا يلتفت إلى قول الوارث ، ويحلفه على الدين ؛ لأن الحاجة إلى إثبات الدين ، وفي إثبات الدين لا عبرة لوصول شيء من التركة إلى يده ، وإنما العبرة للفائدة ، وفي إثبات الدين فائدة ، فإنه إذا ثبت الدين بأن نكل عن اليمين ، حتى صار مقراً به لو ظهر للميت وديعة ، أو بضاعة عند إنسان ، يستوفي الدين منها من غير أن يحتاج إلى الإثبات ، فكان فيه فائدة ، فيحلف لهذه الفائدة ، وإن كانت منتظرة ، ألا ترى أن العبد المحجور يستحلف ، وإنما يستحلف لاستيفاء الدين بعد العتق ، وإنه فائدة منتظرة ، كذا ههنا .

١٤٦٨٣ - وإن أنكر الابن الدين ووصول شيء من التركة إلى يده ، وكذّبه المدعي في ذلك كله ، وأراد استحلافه على الدين والوصول جميعاً ، لم يذكر الخصاف رحمه الله هذا الفصل في الكتاب .

وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، بعضهم قالوا : يحلف يميناً واحدة بالله ما وصل إليك ألف درهم ، ولا شيء منه من تركة أبيك ، ولا يعلم أن لهذا الرجل على أبيك ديناً من الوجه الذي ادّعى ، فقد جمع بين اليمين على البتات وبين اليمين على العلم ، وأنه جائز كما في حديث القسامة ، وعامتهم على أنه يحلف مرتين ؛ لأنه إنما يجوز الجمع بين اليمينين إذا كانا من جنس واحد ، أو كانا من جنسين ، لكن سببهما واحد ، ولا مجانسة بين اليمين على العلم ، وبين اليمين على البتات ، والسبب مختلف ههنا أيضاً ؛ لأن سبب الوجوب المداينة السابقة ، وسبب الاستيفاء من الوارث وصول التركة إليه ، فلا يجمع بينهما ، بل يحلف مرتين مرة على الوصول على البتات ، ومرة

على الدين على العلم، بخلاف القسمة؛ لأن السبب هناك متحد، وهو القتل.

هذا الذي ذكرنا إذا أقر بموت الأب، وأما إذا أنكر موت الأب ووصول التركة إليه، وأراد الوارث استحلافه، وقع هذه المسألة في بعض نسخ هذا الكتاب، وأجاب فيها أنه يحلف على الوصول والموت جميعًا واحدة، لكن على الموت على العلم، وعلى الوصول على البتات، بالله ما تعلم أن أباك مات، ولا وصل إليك شيء من ميراثه، وبه أخذ بعض[1] المشايخ رحمهم الله، وعامة المشايخ على أنه يحلف مرتين: مرة على الموت على العلم، ومرة على الوصول على البتات. فإن نكل عن يمين الموت، وثبت وصول ميراث أبيه، يحلف على الدين على علمه لما مر.

فلو أنه أقر بالدين والموت، وأن هذه الألف تركة، إلا أنه أحضر جماعة، وقال: هؤلاء إخوتي، فهذه المسألة على وجوه: إما إن بدأ وقال: هذه الألف تركة، ثم قال: هؤلاء إخوتي، وفي هذا الوجه يؤمر بتسليم الألف إلى رب الدين؛ لأنه أقر أولاً بصيرورة الألف مستحقة لرب الدين؛ لأن الدين يتعلق بالتركة بعد الموت، فلا يصح إقراره بالأخوة بعد ذلك فيما يرجع إلى إبطال الاستحقاق الثابت له.

وإن بدأ بالإقرار بالإخوة، ثم بالتركة والدين، فقد أقر لهم بالشركة معه في التركة، فصارت التركة مقسومة بينهم بالحصص، فإذا أقر بالدين والتركة بعد ذلك فإنما يعمل إقراره في حقه، فيستوفي الدين من نصيبه خاصة.

١٤٦٩٤ - قال: ولو أن رجلاً مات، فادعى وارثه على رجل أنه كان لأبيه عليه ألف درهم دين، وصار ميراثًا له، وأقر المدعى عليه بالموت، وأنكر الدين، فأراد الوارث أن يحلفه، حلفه بالله ما كان لأبي عليك ألف درهم، ولا شيء منه من الوجه الذي ادعى، وعلى قول شريح رضي الله عنه يحلف الوارث أولاً على البتات بالله ما قبض الأب منه شيئًا. هو يقول: بأن الدين إنما ينتقل إلى الابن إذا لم يقبضه الأب منه، أما إذا قبض فلا، ونحن نقول: إذا ثبت الدين للأب على المديون يبقى إلى أن يوجد المسقط، والقبض مسقط، وأنه ليس بمعلوم، فيبقى الدين بقضية الأصل، ألا ترى أن في حال حياة الأب يحلف المدعى عليه على الدين، ولا يحلف الأب بالله ما قبض المال.

(١) هكذا في ظ وم، وقع في الأصل: [illegible] بعض

وطريقه ما قلنا.

وكذلك إذا أقام الابن بيّنة على الدين لا يحلف الابن على قبض الأب عندنا خلافاً لشريح على ما بيّنا.

١٤٦٨٥ - وإذا أقر المديون بالدين، وادّعى أن الأب قد قبض منه الدين، أو عرض ضموني فقال: قد يكون على الإنسان دين ثم لا يبقى باعتبار أن صاحب الدين قبض ذلك، وأنا لا آمن إن أقررت بشيء مخافة أن يلزمني، وأراد استحلافه، يحلف الابن حينئذ على العلم بالله ما نعلم أن أباك قد قبض هذا المال، أما إذا ادّعى المدعى عليه القبض، فلأنه انقلب مدعياً، والمدعي انقلب مدعى عليه، وأما إذا عرض المدعى عليه فلأنه طلب من القاضي أن ينظر له، فينظر له.

١٤٦٨٦ - قال في الزيادات: رجل مات، فجاء رجل وادّعى أنه وارث الميت، لا وارث له غيره، وأن قاضي بلد كذا قضى بكونه وارث الميت، وجاء بشاهدين شهدا أن قاضي بلد كذا أشهدنا على قضائه أن هذا وارث فلان الميت، لا وارث له غيره، وقال الشهود: لا ندري بأي سبب قضى؟ فإن القاضي الثاني يجعله وارثاً، وهذا لأنه ثبت بالبيّنة قضاء القاضي الأول بوراثته، وقضاء القاضي إذا ثبت يحمل على الصحة وعلى موافقة الشرع، وذلك ههنا في أن يحمل على أنه استقصى في سبب وراثته عن الميت، ولم يقدم على القضاء إلا بعد ما علم بالحجة سبب وراثته.

وينبغي للقاضي الثاني أن يسأل المدعي عن نسبه من الميت[1]، وهذا السؤال ليس بشرط لتنفيذ القضاء، حتى لو لم يبين المدعي شيئاً، نفذ القاضي الثاني قضاء الأول حملاً له على الحق، ولكن هذا السؤال[2] من القاضي الثاني على سبيل الاحتياط ليعلم أنه بأي سبب يستحق؟ حتى لو ظهر وارث آخر يعرف القاضي الثاني أن أيهما أولى بالميراث.

ولأنه ربما يبين سبباً لا يستحق الميراث بأن بيّن أنه مولى الميت من أسفل، فيبطل قضاء الأول؛ لأن هذا خطأ منه بيّن، وقد ظهر بالحجة ... وهو إقراره، فإن القاضي

(١) هكذا في عدة نسخ، وفي الأصل: يسأل المدعي عن النسبة للميت.

(٢) هكذا في عدة نسخ، وفي الأصل: ولكن هذا السؤال ليس من القاضي الثاني.

ولو زعم الأول أنه ابن الميت، وأن القاضي الأول قضى بالميراث لذلك، وأقام آخر بينة بمثله، تشتركا في الميراث، وإن سبق الحكم لأحدهما؛ لأن سبق الحكم لأحدهما لا يدفع الثاني؛ لإمكان الجمع، بخلاف فصل الأبوة؛ لأن هناك الجمع غير ممكن على ما مر، ولو زعم الأول أنه ابن الميت، وأقامت امرأة بينة أنها بنت الميت، فالميراث بينهم أثلاثاً، وإن تقدم الحكم للأول؛ لأن تقدم الحكم للأول لا يدفع الثاني؛ لإمكان الجمع.

ولو ادعى الأول أنه ابن الميت، أو أبوه، وأقام الآخر بينة أنه أخ الميت لا شيء للثاني؛ لأن الإخوة لا يرثون مع الابن والأب، ولو كان المقضي له امرأة زعمت أنها زوجة الميت، ثم جاء رجل وأقام بينة أنه أخ الميت، أخذ منها ما زاد على الربع.

ولو أقام بينة أنه ابن الميت، أخذ منها ما زاد على الثمن؛ لإمكان الجمع، وحاصل الجواب أن القاضي الأول إذا قضى بوراثة الأول، ولم يبين سبب الوراثة، وأقام الآخر بينة عند القاضي الثاني على نسبه من الميت، سأل القاضي الثاني الأول عن سببه إن ذكر سبباً لا يرث مع الثاني، فالميراث كله للثاني، وإن ذكر سبباً لا يرث الثاني معه، فلا شيء للثاني، وإن ذكر سبباً يرث مع الثاني، يجمع بينهما في الميراث. قالوا: فإن كان المقضي له الأول معتوهاً، أو صغيراً لا يعبر عن نفسه، فأقام بعض من ذكرنا بينة على أنه وارثه، وبين نسبه عن الميت

فإن كان الثاني ممن يحتمل السقوط بحال نحو الأخ والعم جعله القاضي ساقطاً بالأول، وإن كان الثاني لا يحتمل السقوط بحال، فإن القاضي يجعل الأول أفضل الأشياء، ويقضي للثاني بأقل ما يكون نصيبه؛ بيانه: إذا كان الأول ذكراً يجعل ابن الميت، حتى لو كان الثاني أباً يعطى له السدس؛ لكونه أقل، ولو كان الثاني زوجة الميت يعطى لها الثمن؛ لكونه أقل؛ لأن الأول ترجح بتقدم الحكم له، وإبطال القضاء لا يجوز إلا في القدر المتيقن والتيقن في الأقل.

١٤٦٨٨- قال: ولو أن امرأة أقامت بينة أن قاضي بلد كذا قضى بأنها وارث هذا الميت، وجعل كل الميراث لها نفذ القاضي الثاني ذلك، كما ينفذ للرجل؛ لأن المرأة قد تستحق جميع الميراث، ألا ترى أن مولاة العتق تستحق جميع الإرث، كمولى العتق.

صحيحة ؛ لأنه ادّعى جميع الدار بنفسه بسبب صحيح ادعى ثلثها بسبب الميراث، وادّعى الثلث بسبب القسمة، وكل ذلك سبب صحيح للملك، ولكن لابد وأن يقول : أخذت أختي نصيبها من تلك الأموال حتى يصح منه مطالبة المدعى عليه بتسليم كل الدار إليه.

ولو كان في دعواه : مات أبي وتركها ميراثاً لي ولأختي، ثم أقرت أختي بجميعها لي، وصدقتها في ذلك : حُكي عن شمس الإسلام محمود الأوزجندي رحمه الله : أن دعواه صحيحة، والصحيح من الجواب أن القاضي لا يسمع دعواه في الثلث ؛ لأن هذه دعوى الملك في الثلث بسبب الإقرار، ودعوى الملك بسبب الإقرار غير صحيحة، عليه فتوى عامة المشايخ، والمسألة في الأقضية، وسيأتي بيانها في موضعها -إن شاء الله تعالى-.

١٤٦٩١ - من له الدين المؤجل إذا أراد إثباته فله ذلك، وإن لم يكن حق المطالبة بالأداء في الحال، وكذلك المرأة إذا أرادت إثبات مهرها على الزوج، فلها ذلك، وإن لم يكن به حق المطالبة بالأداء في الحال ؛ لأن إثبات الحق لا يعتمد المطالبة لا محالة، ألا ترى أن إثبات الدين على الميت على وارث لم يصل إليه شيء من التركة صحيح، وإن لم يكن لرب الدين حق المطالبة من هذا الوارث، إذا لم يصل إليه شيء من تركة الميت، وإنما يعتمد الفائدة، وفي إثبات الدين المؤجل في الحال فائدة، وكذلك في إثبات بقية مهرها في الحال فائدة، فإن شهودهما عسى أن يموتوا، أو لا يقدر على إثباته عند محل الأجل.

١٤٦٩٢ - سئل القاضي الإمام شمس الإسلام : عمن ادّعى على آخر عيناً في يديه، وقال : هذا كان ملك أبي، مات وتركه ميراثاً لي ولفلان، سمّى عدد الورثة، ولم يبين حصة نفسه : قال : يصح منه هذه الدعوى، وإذا أقام على دعواه البينة، فالقاضي يسمع بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم، لابد وأن يبين حصة نفسه ؛ لأنه لا يملك المطالبة بالتسليم إلا بعد بيان حصته، فيبيّن حصته عند ذلك، ولو كان بيّن حصته، ولم يبين عدد الورثة بأن قال : ولجماعة سواي، وحصتي منه كذا، يطالبه بتسليم ذلك قال : لا يصح منه هذه الدعوى، ولابد من بيان عدد الورثة لجواز أنه

لو بين كان نصيبه أنقص - والله أعلم - .

قال في «الأقضية»: وإذا وقعت الدعوى في دار في يد رجل بسبب الميراث عن الأب، وللميت ورثة سوى هذا المدعي، فطلب من القاضي أن يكتب له يعني محضر الدعوى، فالقاضي يكتب: حضر فلان، وأحضر معه فلانًا، يصف المدعى عليه، ثم يكتب: وذكر فلان الذي حضر أن أبا فلان ذكر اسم أبيه ونسبه إلى أبيه وجده؛ لأنه يريد إثبات الملك للأب ليملك الملك إلى نفسه بالإرث، فلا بد وأن يصير الأب معلومًا ليمكن إثبات الملك له، والنقل منه بالدعوى؛ وأنه غائب، والغائب لا يعلم إلا بذكر الاسم والنسب، ثم يكتب أنه مات، وخلف من الورثة ابنًا له، وهو الذي حضر، وزوجة له، وهي فلانة بنت فلان بن فلان، وبنتًا له، وهي فلانة بنت فلان بن فلان، ولا وارث له سواهما، وهذا لأنه يريد إثبات الوراثة لنفسه، فلا بد من بيان سببها لنفسه، والبنوة سبب، ولا بد من بيان عدد الورثة ليعلم نصيبه، فيقع القضاء بما هو معلوم، ثم يكتب: وترك من ماله الدار التي في بلدة كذا في محلة كذا، في سكة كذا، أحد حدودها والثاني والثالث والرابع كذا، ثم يذكر في الحد لزيق دار مهر فلان، وإن شاء يذكر دار فلان، وقد مرّ هذا في فصل جلوس القاضي.

بعد ذلك ينظر إن كان في ذكر الحد ذكر إلى دار فلان لا يكتب بحدودها؛ لأنه يبين من حيث ذكر فلان يدخل في الحد اختلاف أنه إذا كتب بحدودها، هل تجوز الدعوى؟ وهل يصح المكتوب؟

بعضهم قالوا: لا يصح؛ لأن دار فلان تدخل في الدعوى؛ وقال علماؤنا: تصح، ولا تدخل دار فلان في الدعوى؛ لأن الناس في عرفهم وعاداتهم لا يريدون به أن يكون دار فلان داخلاً في الدعوى، واعتبار العرف واجب، وإن كان بين العلماء رحمهم الله اختلافًا على نحو ما قلنا، والكتابة للتوثيق يجب أن يكون على أحوط الوجوه؛ ليقع الأمن عن إبطاله؛ وإن كان في ذكر الحد لزيق دار فلان، يكتب بحدودها إن شاء، ويجوز بلا خلاف؛ لأنه لا يؤدي إلى أن تدخل دار فلان في الدعوى، ثم إذا كتب في الحد لزيق، لا فرق بين ذكر جماعة من أهل الشروط أن يكتب لزيق دار فلان وبين أن يكتب لزيق دار ينسب إلى فلان، كل ذلك جائز.

وقال بعضهم: ينبغي أن يكتب: طريق دار ينسب إلى فلان، حتى إنها إذا لم تكن مملوكة لفلان لا يكون كاذباً فيه، وعامة أهل الشروط والوثيقة قالوا: الإضافة بحكم الظاهر جائزة، ألا ترى أن في الشهادة جوزوا (1)، لأن الإضافة بحكم الظاهر جائزة، ألا ترى أن في الشهادة جوزوا الإضافة بالظاهر، وأكثر أحكام الشرع مبنية على الظواهر.

ثم يكتب بحدودها كلها وحقوقها؛ لأن بدون ذكر الحدود والحقوق لا يدخل المسيل والطريق، فلا يفيد استحقاق الدار؛ لأنها تعتبر عيباً، ولا يمكنه الانتفاع بها، ولا ينبغي أن يكتب: وطريقها ومسيل مائها؛ لأنه لو كان باب الدار على طريق العامة، يصير مدعياً ملكية طريق العامة لنفسه، وكذلك لو كان الميزاب مشرعاً على طريق العامة، يصير (2) مدعياً ملكية ذلك الموضع لنفسه، وأنه لا يجوز.

ثم يكتب: ومرافقها التي هي لها من حقوقها؛ لأن الخلاف ظاهر [illegible]، وأنه لا يجوز ثم يكتب (3) في تفسير المرافق (4)، ففي قول أبي يوسف رحمه الله المرافق تبع الحقوق، وأنها عبارة عن منافع الدار، وفي ظاهر الرواية المرافق عبارة عن الحقوق، فكان الأحوط أن يكتب من حقوقها ليكون ذكر الحقوق بالاتفاق.

ثم يكتب: وكل قليل وكثير هو فيها ومنها، هكذا ذكر محمد رحمه الله في كتاب الشفعة، وذكر في موضع آخر: وكل قليل أو كثير هو فيها ومنها، وهكذا ذكر في كتاب الوقف، قال أبو زيد الشروطي رحمه الله: لا ينبغي أن يكتب أو؛ لأنها للتشكيك، فيكون المراد به أحد المذكورين، وباعتباره يصير المدعى به مجهولاً، ولكنا نقول: كلمة أو يراد بها في مثل هذا الموضع الجمع، لا التشكيك عرفاً، ومعناه أن جميع الحقوق داخلة في الدعوى قلت أو كثرت، يقال: وجدت ما في كيسي درهماً كان أو ديناراً.

ثم يكتب في آخره من حقوقها؛ لأنه لو لم يذكر ذلك، ففي ظاهر الرواية إن كان

(1) هكذا في م وب، وكان في الأصل: [illegible] رحمهم الله جوزوا ذلك، لأن الإضافة

(2) هكذا في ب والأصل، وكان في م: [illegible] يصير.

(3) هكذا في الأصل وم.

(4) هكذا في الأصل وب، وكان في م: [illegible] المرافق.

هذا منصرفًا إلى ما كان من توابع الدار، فعند أبي يوسف رحمه الله: يدخل فيه كل ما في الدار مما يحتمل التمليك، حتى إن عند أبي يوسف رحمه الله يدخل فيه جواري المدعى عليه اللاتي في الدار، ومتاعه الموضوع فيها، ويكتب في آخرها من حقوقها ليتقي به ما توهمه أبو يوسف رحمه الله[1].

ثم يكتب: وكل حق لها داخل فيها، وكل حق هو لها من حقوقها خارج منها، ولا يكتب: وكل حق هو لها داخل وخارج منها، هكذا ذكر الخصاف.

ثم يكتب: وينبغي أن يكتب أرضها وبناءها سفلها وعلوها، ولا يكتب سقفه علوه، ثم العلو والسفل يدخلان في دعوى الدار من غير ذكره، وفي دعوى المنزل لا يدخل العلو إلا بالذكر، أو بذكر الحقوق، وفي دعوى البيت لا يدخل بذكر الحقوق، ويشترط ذكره.

والكنيف الشارع يدخل في دعوى الدار من غير ذكر. والظلة[2] وهي الساباط الذي على الطريق أحد جانبيه على هذه الدار، عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يدخل من غير ذكر الحقوق، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يدخل إذا كان مفتحها إلى الدار.

١٤٦٩٣- والمربط والمطبخ يدخلان في دعوى الدار إذا ذكر الحقوق والمرافق، أو لم يذكر، وفي دعوى المنزل لا يدخل، وإن ذكر الحقوق والمرافق، ثم يكتب ميراثًا عنه لورثة هؤلاء المسمون على فرائض الله تعالى، كذا كذا سهمًا نصيب المرأة كذا، نصيب الابن كذا، ونصيب البنت كذا، وهذا لأنه يريد إثبات الاستحقاق لنفسه بالإرث، ولا يمكنه ذلك إلا بجر[3] الميراث عند أبي حنيفة ومحمد على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، وهو أن يقول: تركها ميراثًا لورثته، فلهذا يكتب ميراثًا عنه لورثته، ثم يسمي الفريضة وأنصباء الورثة من ذلك ليعلم قدر ما يصيب المدعي من ذلك، فيكون المدعى به معلومًا.

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: رأي يوسف.

(٢) هكذا في الأصل، وكانت في ظ وم: الظلمة مكان: الظلة.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل: إلا بحر الميراث، وكان في م: إلا نحو الميراث.

وانتقال الدار إلى المدعي من الميت بالإرث ، إنما يصح من عرف الميت ، فأما من لا يعرفه كيف يشهد على ذلك كله ، فيسأله عن وارث المدعي لهذا ، فإن قالوا : نعرفه سألهم عن الموت ، فإن شهدوا بذلك كتب ، فشهدوا أن فلان بن فلان الفلاني المعروف بكذا من التجارة ومن الصناعة[1] توفي ، وكانوا يعرفونه معرفة قديمة باسمه ونسبه ، وأنهم يشهدون عن معرفة قديم .

ثم سأل عن وارثه ، فإن شهدوا بذلك كتب ، وترك من البنين فلانًا الذي حضر ، وهو هذا المدعي ، وفلان وفلان ، ومن البنات فلانة وفلانة ، وامرأته فلانة بنت فلان ابن فلان ، وهذا إذا كانوا يعرفون جميع الورثة .

فأما إذا كانوا يعرفون بعض الورثة ، كتب شهادتهم بمن يعرفون من الورثة ، ثم يكتب لا يعرفون له وارثًا غير هؤلاء ، ويكون وراثة من سوى المدعي الذي أقر له المدعي بالوراثة ثابتًا بإقرار المدعي ، لأنه صار وارثًا بالبينة ، وإقرار الوارث بورثة أخر صحيح في حقه ، فإذا شهدوا بذلك سألهم ، هل يعرف الدار التي ادعاها أنها كانت لوالده؟ فإن ذكروا معرفتها ، وشهدوا أنها كانت لوالده إلى أن مات وتركها ميراثًا لورثته هؤلاء ، وأتوا بالشهادة على وجهها ، كتب ذلك على ما شهدوا به ، وأنها اليوم في يد المدعى عليه ، ولا بد لتصحيح الشهادة من جر الميراث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

وكذلك لا بد لتصحيح الشهادة على ملكية الدار أن يذكر الشهود في شهادتهم أنها في يد المدعى عليه ، والإقرار لا يكفي حجة لإثبات يده ، حتى إن المدعي والمدعى عليه إذا تصادقا أن الدار المدعي به في يد المدعى عليه ، لا تقبل البينة على ملكية الدار إلا بعد شهادة الشهود على يد المدعى عليه بأن شهدوا أنها في يده اليوم ، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله ، بخلاف المنقول ، فإنه إذا أقر المدعى عليه أنه في يده يكفي لأن في المنقول لا يخلو : إما أن يكون العين قائمًا ، أو مستهلكًا في يد المدعى عليه ، فإن كان قائمًا ، فلا بد من الإحضار لتصحيح الدعوى والشهادة ، وعند الإحضار يعرف القاضي معاينة أنه في يد المدعى عليه .

---

(١) هكذا في ط ، وكذا في م : الصناعة وكان في الأصل : الضاعة .

وإن كان مستهلكًا، وقال المدعى عليه: استهلكها، أو قال: هلك عندي، فقد أقر على نفسه بوجوب الضمان، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، فلا حاجة إلى الشهادة على أنه في يده، فأما في العقار تمكن تهمة المواضعة.

ووجه ذلك: أن المدعي ربما يواضع رجلاً، ويحضره مجلس القضاء، ويدعي عليه العقار، ويقر بأن العقار في يده، فيقضي القاضي عليه، والعقار في يد غيره، فيكون قضاء على الغائب؛ لأن العقار لم يكن في يد المدعى عليه حقيقة، وإمكان هذه التهمة لا يمكن للقاضي التحرز عنه إلا بأن يشهد الشهود على ذلك، فتنتفي هذه الريبة، بخلاف المنقول على ما ذكرنا.

وإن شهدوا أنه في يد المدعى عليه، فسألهم هل سمعتم بشهادتكم أنه في يده، أو عن معاينة؟ حكي عن القاضي الإمام الجليل بن أحمد: أن القاضي يسألهم عن ذلك، وهو الصحيح؛ لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها في يده، فظنوا أن ذلك يطلق لهم أداء الشهادة على يده عليها، وأنه موضع الاشتباه، فقد اشتبه على كثير من الفقهاء اشتراط إقامة البينة لإثبات يده، وما لم يعاينوا يد المدعى عليه، لا يحل لهم أداء الشهادة على أنها في يده، فلهذا أوجب السؤال.

وإن ذكروا أنهم يشهدون على معاينة قبلها، وإلا لم تقبل شهادتهم، قال القاضي رحمه الله: وهكذا إذا شهدوا على البيع والتسليم، فالقاضي يسألهم أتشهدون على التسليم بإقرار البائع، أو عن معاينة؟ لأن الحكم يختلف باختلافه؛ فإنهم إذا شهدوا على معاينة البيع والتسليم كانت شهادة بملك المشتري، وإن شهدوا على الإقرار لا تكون شهادة على ملك البائع، فوجب السؤال إزالة لهذه الشبهة.

ولو أن الشهود لم يشهدوا أن هذه الدار في يد المدعى عليه، وقال المدعي: أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان أنها في يد المدعى عليه، فإن القاضي يقبل منه تلك البينة؛ لأن الحاجة إلى القضاء ثابتة للمدعي بسبب الوراثة، وباليد المدعى عليه ينتصب خصمًا لإثبات دعواه، ولا فرق بين أن يثبت كلا الأمرين بشهادة فريق واحد، وبين أن يثبت كل أمر بشهادة فريق واحد، هذا كما ذكروا أن الشهود إذا شهدوا بالملك في المحدود، وشهد فريق آخر على المحدود أنه يقبل الشهادتان جميعًا، كذلك إذا شهد

شاهدان على الاسم والنسب، ولم يعرفا الرجل بعينه، وشهد آخران أن هذا الرجل هو المسمى بذلك الاسم والنسب أنه يقبل ذلك، ويجعل كما لو ثبت الإقرار أن بشهادة فريق واحد، كذلك ههنا.

١٤٦٩٥ - ولو قالت الشهود: نشهد أن الدار التي بالكوفة في بني فلان، ويذكر حدودها الأربعة ملك المدعي بهذا السبب، ولكنا لا نعرف حدودها، ولا نقف عليها، وقال المدعي: أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان أن هذه الدار المدعى بها على ذلك الحدود، ويعرفون لذلك هل يقضي القاضي ذلك منه؟ فهذه ثلاث مسائل: إحداها هذه.

وجوابها: إنه ذكر في بعض الروايات أنه لا تقبل، وذكر في عامة الروايات أنه يقبل، وهو الأصح، وجه ذلك أن تحمل الشهادة على الأملاك غالبًا يكون على هذا الوجه؛ لأن الشاهد إنما يتحمل الشهادة على الملك إنما عام سبب الملك، والدافع يقر بين يدي الشاهدين ببيع الدار التي في محلة كذا في سكة كذا، ويذكر الحدود الأربعة، والشهود في الغالب لا يعرفون جميع ذلك لو اعتبرنا علمهم بالحدود يحتاجون إلى الذهاب إلى موضع الدار، وعسى يذهبون، وعسى لا يذهبون، فيؤدي ذلك إلى الحرج، فإن قالوا للقاضي: تحملت هذه الشهادة بهذه الحدود، ولكنا لا نقف على الحدود، وما رأيناها، وقال المدعي: أنا آتي بشاهدين آخرين يشهدان لهذه الدار المدعى به بهذه الحدود، فالقاضي يقبل ذلك منه.

وإن لم يأت المدعي بشهود آخرين يشهدون أن هذه الدار المدعى به على هذه الحدود، وطلب من القاضي أن يبعث أمينين من أمنائه إلى الدار حتى يتعرفا عن حدودها وأسماء جيرانها، أجابه القاضي إلى ذلك، فإذا بعثهما[1] القاضي، وتعرفا عن حدود الدار وأسماء جيرانها، فوافق ذلك الحدود التي ذكرها الشهود، قضى القاضي بالدار للمدعي بشهادتهم؛ لأنهم شهدوا بملكية دار معلومة؛ لأن العقار إذا كان غائبًا، فإعلامه بذكر الحدود، وقد وجد بعد ذلك الحاجة إلى تعيين الدار المحددة للتسليم، فإذا علم القاضي بإخبار الأمينين أن هذه الدار المعينة التي في يد المدعى عليه هي ما شهدت به

---

(١) هكذا في ط و م، وكان في الأصل: فإذا أتاهما.

الشهود، فقد علم بوجوب تسليمها إلى المدعي، فيقضي بها للمدعي، ويأمر المدعى عليه بتسليمها إلى المدعي؛ وإن خالف ذلك الحدود التي ذكرها الشهود، وأخبر الأمينان القاضي بذلك لا يقضي بشهادتهم؛ لأنهم شهدوا بما لم يعلموا، ولأن الدار التي في يد المدعى عليه إذا لم تكن بتلك الحدود، ظهر أن الشهود شهدوا بما ليس في يد المدعى عليه، فكانت هذه شهادة على غير خصم، فلا تقبل.

١٤٦٩٦ - المسألة الثانية لو قال الشهود: نحن نعرف الدار، ونقف عليها، ونشير إلى حدودها إذا قمنا ثمة، ولكن لا ندري من جيرانها، ففي روايات مضطربة[1] في هذه المسألة ذكر في بعضها يبعث القاضي أمينين من أمنائه مع المدعي والمدعى عليه إلى الدار، حتى يشهد الشهود بحضرة الدار، ويشيروا إلى حدودها، ثم يتعرف الأمينان أسماء الجيران، ويخبران القاضي، فإن وافق ما قاله المدعي يحكم القاضي بذلك، وذكر في بعضها أنه يبعث الأمينين مع الشهود حتى يشيروا إليها بالدار، وحدودها، فيتعرفان أسماء جيرانها، ثم يشهدوا جميعاً عند القاضي، فيقضي بشهادتهم التي كانت عنده، وأظهر الجواب شهادة الشهود بحضرة الأمينين والدار؛ لأن الأمين نائب القاضي، فكانت الشهادة عنده كالشهادة عند القاضي، ولو كانوا بحضرة العقار لا يحتاج إلى بيان الحدود؛ لأن الإشارة كافية لتعريف، كما في المنقول؛ لأن تعرف الأمينين أسماء الجيران لكتابة السجل لا لتنفيذ القضاء؛ لأن القضاء بدونه ماض على المدعى عليه.

١٤٦٩٧ - المسألة الثالثة: إذا قال الشهود: نحن نعرف أن هذه الدار ميراث لهؤلاء الورثة من هذا المورث، ولكن لا نعلم أسماء الجيران، إنما نعرف أن تلك الدار في محلة كذا في سكة كذا بحضرة مسجد كذا تلاصق دار فلان في رقبة كذا، وجاء المدعي بشاهدين يشهدان على الحدود، فإن القاضي لا يقضي بشيء؛ لأن الذين شهدوا بالملك، لم يشهدوا إلا بحد واحد، واللذان شهدا بالحدود لم يشهدا بالملك، فلا يمكن القضاء بها أصلاً، بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة إنما شهدوا بتلك الدار عند معاينة الدار بالإشارة إليها، فوقع الاستغناء عن ذكر الحدود للقضاء بالملك، أما ههنا بخلاف.

---

(١) وفي م: مضبوطة

وهذا الاستحلاف إنما يتأتى على قول أبي يوسف رحمه الله.

١٤٦٩٩ - وإن كان المدعي ادعى ديناً دراهم أو دنانير، كتب بعد سؤال المدعي إنفاذ القضاء، فاستحلف القاضي فلان هذا المدعي الذي حضر أنه ما قبض من الألف الدراهم، أو الدنانير التي ادّعاه على فلان ابن فلان هذا الذي أحضر معه قليلاً ولا كثيراً، ولكن هذا التفريع على قول أبي يوسف رحمه الله، فإنه يستحلف المدعي من غير طلب المدعى عليه.

فأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يريان ذلك بدون طلب المدعى عليه، وفرّقا بين هذا، وبينما إذا ادّعى رجل على ميت ديناً، فإن القاضي يستحلف المدعي على الإبراء والقبض على ما وصفنا، وإن لم يدعه الوارث؛ لأن الدعوى هناك في الحقيقة على الميت، والميت عاجز عن النظر لنفسه، أما المدعى عليه في المسألة المذكورة قادر[1] بنفسه، فيمكن أن يطلب من القاضي أن يحلف المدعي، فلا يحلفه القاضي بدون طلبه.

١٤٧٠٠ - ولو كان إنما ادعى داراً، أو ثوباً، أو غير ذلك من العروض سوى الدور كتب، فسأل فلان الذي حضر يعني المدعي إنفاذ القضاء بما ثبت له على فلان ابن فلان المدعى عليه في الدار المحدودة في هذا الكتاب، أو في الثوب، فاستحلف القاضي فلان ابن فلان المدعي بالله ما باع هذه الدار ولا وهبها، ولا تصدق بها، ولا خرجت عن ملكه بوجه من الوجوه، ولا شيء منها، وهذا الاستحلاف على قول أبي يوسف رحمه الله أيضاً على ما مرّ.

وإن كان إنما ادعى ميراثاً كتب، فأنفذ القاضي القضاء بوفاة فلان، وأنه ترك من الورثة جماعة، وهم فلان المدعي هذه وفلان وفلان حتى يسمع جميع الورثة ما شهد به الشهود، ثم يكتب واستحلف القاضي المدعي بالله ما تعلم أن أباه فلان ما باع هذه الدار، ولا وهبها، ولا خرجت عن ملكه، ولا شيء منها بوجه من الوجوه حتى توفي؛ وهذا أيضاً على قول أبي يوسف رحمه الله.

ثم في دعوى الدين إذا كتب تحليف المدعي يكتب بعد ذلك، فأنفذ القاضي

---

(١) هذه العبارة فيها غلط.

القضاء لفلان المدعي هذا على فلان المدعى عليه هذا بألف درهم وزن سبعة وضحا؛ لأنه لا بد من إعلام ما صار مقضيًا به لتصحيح القضاء، وذلك بذكر الجنس، وهو الدراهم، وبالقدر وهو الألف، وبالنوع وهو وزن سبعة، وبالصفة وهو قوله: وضحا، فالدين يصير معلومًا بهذه الأشياء، ولا يصير معلومًا دونها أصله السلم.

والمراد من الوضح الجيد الصافي، فهذه إشارة إلى الجودة، والجودة صفة، وقوله: وزن سبعة، اختلفوا في تفسيره، قال بعضهم: ما كل مائة منها سبعة مثاقيل، وعلى هذا القول وزن خمسة كل مائة منها خمسة مثاقيل، والأصح أن المراد منه ما يزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وهو وزن الدراهم في ديارنا.

واختلفوا في وزن الدراهم على عهد رسول الله ﷺ قال بعضهم: إنها كانت على وزن سبعة، وقال أهل الحديث: إنها كانت على وزن ستة، والأصح أنها كانت على وزن خمسة، وكذلك على عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ثم صارت وزن سبعة على عهد عمر رضي الله عنه، هو المشهور.

وكذلك اختلفوا أن الدراهم متى صارت مدوّرة؟ والمشهور أنها صارت مدوّرة على عهد عمر رضي الله عنه، وقبل ذلك كانت تشبه النواة.

١٤٧٠٦ - وإن كانت الدعوى في الميراث كتب: وأنفذ القاضي القضاء لفلان ابن فلان الميت، يعني أب المدعي على فلان ابن فلان الذي أحضره، يعني المدعى عليه بالدار المحدودة في هذا الكتاب؛ لأن المقضي له هو الميت، والوارث يخلف الميت في حقوقه، فيكون القضاء للأصل، ولكن عند دعوى الخلف، ولهذا المعنى يقضى منه ديون الميت، وينفذ وصاياه[1].

ثم يكتب في ذلك على ما شهد به الشهود؛ لأن القضاء بناء على الحجة، وهي الشهادة، فيبين[2] أن القضاء حصل على موافقة الشهادة ليعلم أنه على نهج الحجة موافق.

ثم يكتب: وجعل فلان ابن فلان الذي أحضر يعني المدعى عليه على حجته إن كانت

(١) هكذا في ظ، وكان في م: لصاه.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: فيسمى.

وجه من ذلك ، أو بمخرج ؛ لأن بينة الدفع بعد الفصل مسموعة . فيبين للخصم ذلك ، حتى إنه إذا كان جاهلاً بذلك يصير معلماً له فيأتي بالدفع .

ثم يكتب : وأنفذ ذلك كله ، وقضى به على ما سمي ووصف في هذا الكتاب بمحضر من فلان وفلان ، يعني المدعي والمدعى عليه ؛ لأنه إنما يصح القضاء للمدعي على المدعى عليه بالإشارة إليهما ليتحقق إعلام المقضي والمقضي عليه ، وإنما يكون الإشارة إذا كانا حاضرين .

وإن كان ميراثاً يكتب بعد قوله : على ما شهد به الشاهدان عنده في ذلك ، وجعلها ميراثاً منه لورثته المسمين في هذا الكتاب ؛ لأنه إنما يقع القضاء بالميراث لهم ، فلا بد من ذكرهم لبيان المقضي له .

ثم يكتب بعد ذلك : وجعل فلاناً المدعى عليه على حجته ، ودفعه متى أتى به يوماً من الدهر . أنفذ القاضي ذلك ، وقضى به بمحضر من فلان بن فلان ، يذكر المدعي والمدعى عليه ، وأمره يعني المدعى عليه بتسليم الدار ؛ لأن تمام القضاء بملك الدار بتسليم الدار إلى المدعي ، فهو المقصود من دعوى الدار ، وهذا لأن الملك لا يثبت للمدعي بقضاء القاضي ؛ لأن الملك ثابت له قبل القضاء ، ولا حاجة إلى المدعي ، والقضاء لأجله ، وإنما الحاجة إليه لأجل التسليم ؛ لأن يده قاصرة عن ملكه ، فيرفع الأمر إلى القاضي ، ويطلب حقه في الدار ليوصله القاضي إلى الدار .

وإن كتب : وأمر فلاناً المدعى عليه بتسليم هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب إلى فلان المدعي هذا ، فسلمها إليه بأمر القاضي ، كان أبلغ ؛ لأن تمام القضاء باتصال الحق إلى المدعي بالتسليم إليه .

ثم يكتب في آخر ذلك كله في مجلس قضائي بين الناس في كورة كذا ، ويكتب الكورة ؛ لما ذكرنا أن المصر شرط صحة القضاء في ظاهر الرواية ، فيكتب الكورة ، حتى لا يبقى لطاعن مجال الطعن .

٢٠٤٧٢ - ومن جنس هذه المسائل : رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم ديناً ، وأنه مات قبل أن يؤديه إليه ، وأن في يديك ألف درهم من ماله ، وطلب قضاءه الدين من ذلك المال ، فالقاضي لا يسمع دعواه ؛ لأن الدعوى إنما تسمع

الفصل السابع والعشرون
في الحبس والملازمة

١٤٧٠٣ - يجب أن يعلم بأن الحبس لأجل الدين مشروع، ثبتت شرعيته بقوله ﷺ: لصاحب الحق اليد واللسان، والمراد من اليد الحبس، وقال النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»[1]، يحل عقوبته، والحبس نوع عقوبة، والخلفاء الراشدون حبسوا من غير نكير منكر، والمعنى في ذلك أن المديون تعدى على صاحب الحق بمنع ماله عنه، وحال بينه وبين منافع ماله، فيحال بينه وبين منافع نفسه، ليكون حيلولة بإزاء حيلولة، قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[2].

١٤٧٠٤ - وإذا جاء رجل برجل إلى القاضي، وأثبت عليه مالاً ببينة، وأقر الرجل له، فالقاضي لا يحبسه من غير سؤال المدعي، هذا هو مذهبنا، وقال شريح رضي الله عنه: يحبسه من غير سؤال المدعي.

وإذا سأل المدعي عن ذلك، ذكر في كتاب الأقضية: أن القاضي لا يحبسه في أول الوهلة، ولكن يقول له: قم فأرضه، فإن عاد مرة أخرى حبسه، ولم يفصل بين الدين الثابت بالإقرار وبين الدين الثابت بالبينة، وهو اختيار الخصاف رحمه الله؛ لأن الحبس جزاء الظلم بمنع الحق، وذلك لا يظهر في أول الوهلة؛ لأن من حجة المديون أن يقول في فصل الإقرار: إنما لم أرد الدين لظني أنك تمهلني، فإن أبيت أن تمهلني أؤدي في الحال، وفي فصل البينة يقول: ما كنت عالماً بالدين قبل هذا.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٨٧ و٢٢٨٨ و٢٤٠٠)، ومسلم في صحيحه (١٥٦٤)، وابن الجارود في "المنتقى" (٥٩٩)، وأبو داود في سننه (٣٣٤٥)، والترمذي في سننه (١٣٠٨-١٣٠٩)، والدارمي في سننه (٢٥٨٦)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٥٣)، وأبو عوانة في مسنده (٥٢٤٦)، والبيهقي في الكبرى (١١١٦٩)، والنسائي في سننه (٤٦٩١)، ومالك في الموطأ (١٣٥٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٤٠٢)، والطبراني في "الأوسط" (٣٦١٥)، وأحمد في مسنده (٩٩٧٤) وغيرها من كتب الحديث.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

والمذهب عندنا أن في فصل البينة يحبس في أول الوهلة، وفي فصل الإقرار لا يحبس في أول الوهلة؛ لأن الحبس جزاء الظلم، ولم يظهر الظلم في فصل الإقرار لما مرّ، وفي فصل البينة ظهر الظلم؛ لأنه أظهر المماطلة حتى احتيج إلى البينة، ثم في فصل الإقرار إذا لم يحبسه في أول الوهلة، هل يحبسه في المرة الثانية؟ ذكر في بعض الروايات: أنه يحبسه، وذكر في بعضها أنه لا يحبسه، إنما يحبس في المرة الثالثة.

١٤٧٠٥ - وفي نوادر هشام : قال: سألت محمداً رحمه الله عن الحاكم إذا تقدم إليه الرجل، وعليه دين، أقر به فأخبرني أن أبا حنيفة رحمه الله، قال : لا أحبسه أول ما قدمه، قال: وهو قول محمد إلا أن محمداً رحمه الله قال: أتقدم إليه، وأقول: إن عادت إليه، ولم تعطه حق حبستك، قلت: فإن أعاده إليك من يومه، ولم يعطه، قال: هذا قريب، قلت، فترى ثلاثة أيام، فكأنه لم يره، إلا أنه قال: هو حسن، ثم إذا جاء أوان الحبس، فإن عرف القاضي يساره حبسه، وإن لم يعرف يساره إلا [أو] [١] لا يسأله، ألك مال؟ هذا هو ظاهر مذهب أصحابنا

وقال الخصاف رحمه الله: الصواب عندي أن القاضي لا يحبس حتى يسأله: ألك مال؟ ويستحلفه على ذلك، فإن أقر أن لي مالاً حبسه، وإن قال: لا مال لي، قال للطالب: أثبت أن له مالاً حتى أحبسه، وهو مذهب بعض القضاة، وهكذا روي في النوادر عن أصحابنا رحمهم الله أن القاضي يسأل المدعى عليه ألك مال؟ وهل يسأل المدعي أله مال؟ وظاهر مذهب أصحابنا أنه لا يسأل إلا أن يطلب المدعى عليه ذلك، فإن طلب المدعى عليه ذلك، وسأل القاضي المدعي، فإن قال: لا أعلم أنه ثبت عسرته بقوله، والأمر متقارب بحمد الله تعالى.

١٤٧٠٦ - وإن قال المدعي: إنه موسر، وقال المطلوب: لا، بل أنا معسر، فقد اختلف الروايات فيه، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه أيضاً، فاختار الخصاف وهو رواية عن أصحابنا أن القول قول المديون؛ لأنه متمسك بالأصل؛ لأن الفقر أصل في الآدمي، فإنه يولد ولا مال له، وصاحب الدين يدعي أمراً عارضاً، والتمسك بالأصل واجب حتى يظهر خلافه، وكان القول قول المديون مع اليمين، وهو اختيار أبي عبد

(١) هكذا في م

الله البلخي رحمه الله، وهكذا رُوي في بعض الروايات عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن كل دين أصله مال، كثمن البياعات من العروض، فالقول قول المدعي في يساره وعسرته[1]؛ لأنه عرف دخول شيء في ملكه، وعرف قدرته على قضاء الدين بما دخل في ملكه، وزوال ذلك عن ملكه محتمل، فكان القول فيه قول المدعي.

١٤٧٠٧- وكل دين لم يكن أصله مالاً كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك، فالقول فيه قول المدعى عليه؛ لأنه لما لم يدخل شيء في ملكه، لم يعرف قدرته على قضاء الدين، فبقي متمسكًا بالأصل، وهو العسار، فيكون القول قوله.

١٤٧٠٨- وذكر محمد رحمه الله في النكاح والعتاق ما يدل على هذا، فإنه قال في النكاح: وإذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وزعم الزوج أنه معسر، فالقول قول الزوج؛ لأنه لم يدخل بسبب وجوب النفقة في ملكه ما يثبت به يساره. وقال في العتاق في أحد الشريكين: إذا أعتق العبد المشترك، وزعم أنه معسر، فالقول فيه قوله؛ لأنه لم يدخل في ملكه شيء يثبت به قدرته على قضاء الدين بما وجب عليه من الضمان، فكان متمسكًا بأصل العسرة، فيكون القول قوله.

وقال بعضهم: ما كان سبيله سبيل البر والصلة، فالقول فيه قول المدعى عليه أنه معسر، كما في نفقة المحارم، وما أشبه ذلك، وفيما سوى ذلك القول قول المدعي.

وقال بعضهم: كل دين لزم بمعاقدته، فالقول فيه قول المدعي، وإن لزم حكمًا لا بمباشرته العقد، فالقول فيه قول المديون.

والفرق أن فيما لزمه بمعاقدته وجد ما يدل على قدرته على قضائه ظاهرًا؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يشرع في أمر لا يقدر على الخروج منه، ولا يلتزم ما لا يمكنه الوفاء به، فإذا ادعى أنه عاجز فقد ادعى أمرًا بخلاف الظاهر، فلا يقبل ذلك منه، فأما فيما يلزمه حكمًا لا بمباشرته، فلم يوجد ما يدل على قدرته على قضائها، فإذا ادعى العجز بعد ذلك فما ادعى بخلاف الظاهر، بل تمسك بالأصل، فيكون القول قوله، ومسألة النفقة وضمان العتق لا يلزم؛ لأنه ليس بدين على الحقيقة، بل ذلك صلة، حتى سقطت النفقة بالموت.

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل وم: يساره وعسرته

إلى أملاكهم ، فلهذا يحبسون بذلك

والمكاتب والعبد التاجر والصبي الحر المأذون له في الحبس بمنزلة ما وصفت . أما المكاتب فلأنه حر يداً ، فإذا كان عنده من الكسب ما يقدر على قضاء الدين ، ولم يقض صار ظالماً ، فيستحق العقوبة ، وكذلك العبد التاجر ، لأنه هو المخاطب بقضاء الدين من كسبه

وأما الصبي الحر فقد ذكر في بعض المواضع أن الغلام التاجر الذي لم يحتلم بمنزلة الرجل في الحبس ، وذكر في بعض المواضع لو أن غلاماً تاجراً لم يراهق الحلم استهلك مالاً لرجل ، وله دار وأرض ، ولا أب له ، ولا وصي ، لم يحبس لذلك ، ولكن إن شاء القاضي جعل له وكيلاً يبيع بعض ماله ، حتى يوفي الطالب دينه ، وإن كان له أب ، أو وصي ممن يجوز بيعه عليه ، فإنه يحبس .

وبعض مشايخنا رحمهم الله مالوا إلى الحبس مطلقاً ، وجعلوه كالبالغ ؛ لأنه لزمه قضاء الدين ، وبالامتناع صار ظالماً ، فيحبس ، ولأنه لو لم يحبس ، وعرف الناس منه ذلك ، لايبايعونه حتى لا يمتنع من قضاء الدين ، فلا يمكنهم الوصول إلى حقهم ، فشرع الحبس تتميماً لمعنى الإذن ، كما جوزنا الإعارة والضيافة اليسيرة منه ، حتى لا ينسد عليه التجارة ، فههنا أولى

أو نقول : يحبس تأديباً حتى ينزجر ، ولا يعود لمثله ، لا أن يكون عقوبة ، فإنه ليس من أهل هذا ، كما أنه يُضرب على ترك الصلاة تأديباً ، حتى يعتاد الصلاة . هكذا قاله بعض المشايخ ، وكان شيخ الإسلام رحمه الله يقول : يحبس الصغير إذا كان له وصي تأديباً ، حتى لايعود لمثله ، وليضجر الوصي حتى يتسارع إلى قضاء الدين ؛ لأن الوصي يلام[1] على إبقاء الصبي في الحبس ، فيضجر لأجله ، فيعجل في قضاء الدين ، وحبس الصبي[2] أولى من حبسه ؛ لأن الجناية إنما وجدت من الصبي لا منه

وإن لم يكن له أب أو وصي ، لا يحبس ؛ لأن ثمة إنما حبس تأديباً وإضجاراً للأب ، أو الوصي ، وههنا لا يمكن تحقيق معنى الإضجار ، والحبس في الصبي ، فلم

(١) هكذا في ط ، وكان في الأصل وم : يلازم .

(٢) هكذا في ط ، وكان في الأصل وم : الوصي

يشرع للتأديب وحده دون الإضجار، فلم يحبس لهما، فأما إذا كان محجوراً عليه، واستهلك الرجل مالاً، فإن كان له أب، أو وصي، يحبس بدينه؛ لأن قضاء الدين الذي على الصغير على أبيه ووصيه، فبالامتناع يصير ظالماً، فيحبس.

وإن لم يكن له أب، أو وصي، نصب القاضي قيّماً ليبيع ماله بقدر الدين، ويوفي الغرماء حقهم؛ لأن الحبس جزاء منع المال مع القدرة عليه عند استحقاق القضاء، ولم يستحق عليه لمكان حجره، فلا يعاقب بالحبس، ولكن القاضي يوفي الغرماء حقوقهم بالطريق الذي قلنا.

١٤٧١٠- والعبد لا يحبس لمولاه؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذلك لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين، فكسبه ملك المولى، فكيف يستحق على المولى قضاء الدين إياه؟ فإن كان مديوناً حبس فيه؛ لأن اكتسابه حق الغرماء، فإنما يحبس المولى لحق الغرماء حتى يصلوا إلى ديونهم مما عليه، ويجوز حبس المولى لجانب الأجنبي.

١٤٧١١- ويحبس مولى المكاتب لمكاتب إذا لم يكن الدين من جنس بدل الكتابة؛ لأنه إذا كان من جنس بدل الكتابة، فقد ظفر بجنس حقه، فيتقاصان تقاصاً، فلم يكن للمكاتب ولاية مطالبة بذلك الدين، فأما إذا كان من غير جنس بدل الكتابة، فلا تقع المقاصة، والمكاتب في حق اكتسابه بمنزلة الحر، فيكون له مطالبة المولى بذلك، فيحبس له عند مطله.

قال بعض مشايخنا رحمهم الله: ينبغي أن لا يحبس المولى فيه أصلاً؛ لأن للمولى في مكاسبه حقاً، فلم يتحقق الظلم من كل وجه بالمنع، والأصح ما ذكرنا أنه ليس للمولى استخلاص شيء من مكاسبه لنفسه، والمكاتب أحق من المولى يطالبه متى شاء، فإذا منع حقه يحبس له، ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل الكتابة، فإن له أن لا يؤدي، ويرد نفسه في الرق والحبس جزاء الظلم، ولم يوجد.

وإن كان عليه دين غير بدل الكتابة، يحبس فيه؛ لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء، فإن في

١٤٧١٣ - ولا يحبس العاقلة في الدية والأرش؛ لأنه وجب أن يؤخذ من عطائهم؛ وقد أمكن إذا كانوا من أهل الديوان، فلا معنى للحبس إذا لم يكونوا من أهل الديوان، ولا عطاء لهم فهم يحبسون؛ لأن الدية في أموالهم، فيحبسون إذا امتنعوا عن الأداء؛ لأنه تحقق ظلمهم بمنع الحق عن المستحق، فصار كسائر الديون، فيحبسون.

١٤٧١٤ - وإن طلب المدعي اليمين في القصاص، فامتنع عنه المدعى عليه ونكل، فإنه يحبس عند أبي حنيفة؛ وقد مرت المسألة؛ لأنه يقضى عليه بالمال بالنكول عن اليمين في القصاص بالنفس، فكان اليمين مستحقًا عليه لذاته، فيحبس عند الامتناع منه، وكذلك في اليمين في القسامة.

١٤٧١٥ - ويحبس الدعارون الذين هم مخيفون على المسلمين وأهل الفساد حتى يعرف منه التوبة، والداعر من يقصد إتلاف أموال الناس، أو أنفسهم أو كلاهما، وإذا كان يعتدي على الناس منه في النفس والمال، حبس في السجن حتى تظهر منه التوبة؛ لأنه إنما يندفع شره عن الناس بالحبس، ألا ترى أن الله تعالى أمر في حق قطاع الطريق بالحبس ثم تلا قوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾(١) لما أنه يخيف الناس منهم على أموالهم في الطريق، فكذا هنا يحبس أيضًا؛ لأنه يخاف منه.

وينبغي أن يكون للنساء محبس على حدة، تحرزًا عن الفتنة، وعن أبي حنيفة: أن المرأة تحبس في محبس النساء، ولكن تحفظها الرجال؛ لأن الرجال أقدر على الحفظ من النساء، ولا تتحقق معنى الفتنة في الحفظ.

١٤٧١٦ - وإذا حبس كفيل الرجل بأمره بالمال، فللكفيل أن يحبس الذي عليه الأصل؛ لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة، فكان له أن يحبسه، حتى يخلصه عنه، ألا ترى أن الكفيل لو طولب بالمال، كان له أن يطالب الأصيل، فإذا لوزم كان له أن يلازم الأصيل، وإذا أخذ من الكفيل، كان له أن يأخذ من الأصيل، وطريقه ما قلنا.

١٤٧١٧ - فإن حبس رجل في دين، فجاء آخر يطالبه بالدين، فإن القاضي يخرج المطلوب حتى يجمع بينه وبين المدعي؛ لأنه إنما يحبس بدين الأول نظرًا للأول حتى يصل إلى حقه، فلا ينظر له على وجه يضر بغيره؛ ولأنه لا ضرر على الأول في

---

(١) سورة المائدة، الآية ٣٣.

الإخراج من السجن لسماع الدعوى عليه، ثم بعد ذلك، فقلنا: بأنه مخرج من السجن، ويجمع بينه وبين المدعي، فإن قامت للمدعي بينة عادلة، أعاده إلى السجن، وكتب في ديوانه أنه محبوس بحق هذا المدعي أيضاً مع الأول؛ لأنه ظهر أنه ظلمه بمنع حقه عنه، فاستحق الحبس ليضجر فيتسارع إلى قضائه، ولا تنافي بين أن يكون محبوساً للأول والثاني، فيهنئه بحبسه لهما، حتى يقضي دينهما جميعاً، ولكن ينبغي أن يكتب في ديوانه أنه محبوس بدين فلان وفلان بسببهما؛ حتى إذا قضى دين أحدهما يبقى محبوساً بالآخر.

١٤٢١٨- قال محمد رحمه الله في كتاب الكفالة والحوالة: إذا حبس الرجل بالدين شهرين أو ثلاثة، سأل القاضي عنه في السر، وإن شاء سأل عنه في السر أول ما يحبسه، ذكر في كتاب الحوالة شهرين أو ثلاثة، وذكر في بعض المواضع أربعة أشهر، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ستة أشهر، وفي رواية الطحاوي عن أبي حنيفة شهراً، وكثير من مشايخنا رحمهم الله أخذوا برواية الطحاوي، وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: القاضي ينظر إلى المحبوس إن رأى عليه زي أهل الفقر، وهو صاحب عيال، يشكو عياله إلى القاضي البؤس وضيق النفقة، وكان ليناً عند جواب خصمه، خلاه شهراً، ثم يسأل.

وإن كان وقحاً عند جواب خصمه، وعرف تمرده، ورأى عليه علامة اليسار، حبسه أربعة أشهر إلى ستة أشهر، ثم يسأل، وإن كان فيما بين ذلك حبسه شهرين إلى ثلاثة أشهر، ثم يسأل، وبه يفتي الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وهو يحكي عن عمه شمس الأئمة الأوزجندي، وكثير من مشايخنا رحمهم الله قالوا: ليس في هذا تقدير لازم.

وفي رواية هشام عن محمد رحمه الله ما يدل على هذا القول، فقد روى هشام عن محمد رحمه الله: أن القاضي يسأل عن حال المحبوس، ولم يعتبر في ذلك مدة، وهذا لأن الحبس للإضجار، وذلك مما يختلف فيه أحوال الناس، فيكون ذلك مفوضاً إلى رأي القاضي، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة، ويظهر المال، كان له مال، ولم يظهر يسأل عن حاله بعد ذلك، فإذا سأل عنه، وقام البينة على عسرته،

١٤٧١٩ - قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس، فرأى محمد رحمه الله الملازمة مع التفليس، وأشار إلى المعنى، فقال: موضع بدليل تفريعات المسألة. قال هشام رحمه الله: قلت له: فإن كان الملازمة يصير معتادًا، وهو من يكتسب [ويسقي الماء في طرقه][1] أمر صاحب الحق أن يوكل غلامًا له، يكون معه، ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه له تعمل سوقه، قال: ولعياله. وكذلك إن شاء ترك أيامًا، يعني إن كان هذا المفلس، ثم لازم على قدر ذلك، قلت له: فإن كان عاملاً يعمل بيده، قال: إن كان عملاً لا يقدر إلا على العمل خرج وطلب، فإن كان في ملازمته ذهاب قوته، وقوت عياله أمرته أن يقيم له كفيلاً بنفسه، ثم يخلي سبيله، فليسترزق الله.

وفي «كتاب الأقضية»: إذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك، ولكن إما أن يلازمه بنائبه أو أجيره، أو غلامه، إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله، وأعطاه حينئذ كان له أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه لا ضرر على الملازم في هذه الصورة.

وفيه أيضًا: ليس لصاحب الحق أن يمنع الملازم أن يدخل في بيته لغائط، أو غداء، إلا إذا أعطاه الغداء، وأعدّ موضعًا آخر له لأجل الغائط، حينئذ له أن يمنعه عن ذلك، حتى لا يغيب عينه.

١٤٧٢٠ - وفي «نوادر أبي يوسف رحمه الله»: إذا لازم الطالب المطلوب بغلامه أن يحبس مع الغلام، وقال: لا أحبس إلا مع الطالب، فله ذلك [فأبى الغريم][2].

وفيه أيضًا: إذا كان المطلوب أطوف بالطالب من غير حاجة، وعلم ذلك منه، كان للطالب أن يهيئ له بيتًا، ويلازمه فيه، ولكن إذا أعطاه نفقته، ونفقة عياله؛ لأنه لا ضرر للمطلوب حينئذ.

١٤٧٢١ - وحكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: أن الطالب لا يلازم المطلوب

---

(١) هكذا في نسخة «ط»، وكان في الأصل: «ويسقي الماء»، وكان في نسخة «م»: «ويسقي الماء في طرقه».

(٢) هكذا في نسخة «ط»، وكان في الأصل ونسخة «م»: «تأبى الغلام».

الحق أكثر إثباتاً، ويكون أولى بالقبول، ولم يذكر محمد رحمه الله في شيء من الكتب كيفية [الشهادة] (١) على الإفلاس.

وذكر الخصاف في كتاب الوقف: أنه ينبغي أن يشهدوا أنه فقير لا نعلم له مالاً ولا عرضاً من العروض، يخرج بذلك عن حالة الفقراء.

وحكي عن الفقيه أبي القاسم أنه قال: ينبغي أن يقولوا: إنه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه، وثياب ليله، وقد اختبرنا أمره في السر والعلانية، وهذا أتم وأحسن.

١٤٧٢٤ - فإن ثبت عسرته فالقاضي لا يحبسه بعد ذلك، فإن لم يعرف له مالاً؛ لأنه علم أنه مُنظَر بإنظار الله تعالى، وإن قامت البينة على عسرته قبل الحبس، هل يقبلها القاضي؟ فيه روايتان: في رواية: يقبل، وهو اختيار الشيخ الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله، وفي رواية أخرى: لا يقبل، وهو اختيار عامة المشايخ رحمهم الله؛ لأنها قامت على النفي، فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، وإذا مضت في الحبس مدة لو كان قادراً على القضاء لما تحمل مرارة الحبس هذه المدة، ولتسارع إلى قضاء الدين، ولم يقض، فعلم أنه معسر، فقد تأيدت هذه البينة بمؤيد فقبلت.

وإن قامت البينة على عسرته بعدما مضت مدة في الحبس، وكان الطالب غائباً فالقاضي لا ينتظر حضور الطالب، بل يُخرجه من السجن؛ لأنه إذا ثبت عسرته كان استدامة حبسه ظلماً، والقاضي نصب لدفع الظلم لا لإنشائه، فيخلي سبيله، ولكن يأخذ منه كفيلاً؛ لأنه لو لم يأخذ منه كفيلاً ربما يهرب، فمتى حضر الغائب لا يتوصل إلى حقه بالملازمة وغيرها.

١٤٧٢٥ - وإذا كان الرجل محبوساً بدين رجلين، فأدى إلى أحدهما، لم يخرج من السجن حتى يؤدي حق الآخر، ثم قدّمه المدعي كان له أن يحبسه؛ لأنه ظلمه بمنع حقه عنه، فكان له أن يديم الحبس بذلك.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا مات الرجل، وفي الورثة صغير وكبير، وللميت على رجل دين، فحبسه الابن الكبير، ثم أراد أن يطلقه، ثم

(١) هكذا في نسخة […]، […] في الأصل ونسخة م: الشهود.

وذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" : أن المحبوس في السجن إذا مرض مرضاً أضناه، إن كان له خادم يخدمه، لا يخرجه من السجن؛ لأن الحبس إنما شرع ليضجر قلبه، فيسارع إلى قضاء الدين، وبالمرض يزداد الضجر، فيزداد مسارعته إلى قضاء الدين، فلا يخرج من السجن لهذا.

١٤٧٢٨- ولا يخرج للمعالجة؛ فإن المعالجة في السجن وفي منزله سواء، وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله حتى قيل له : وإن مات فيها، قال : وإن مات فيها، فقيل له : وإن لم يكن له من يخدمه أخرجوه، أو حبسوا عليه، قال : أخرجوه إذاً؛ لأنه إذا لم يكن ثمة من يمرّضه ربما يموت بسببه، ولا يجوز إهلاكه؛ لمكان الدين، ألا ترى أنه إذا توجه الهلاك عليه بالمخمصة، كان له أن يدفعه بمال الغير، فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير؟

وعن أبي يوسف رحمه الله : أنه لا يخرجه من السجن؛ لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه في الحبس وغيره سواء، فلا معنى للإخراج، وذكر في الكيسانيات قال محمد رحمه الله : المحبوس يبول في السجن، ولا يخرج إلى الحمام؛ لأنه ليس في التبوير إبطال حق المدعي، وفيه إزالة النفث عنه، فأما لا يخرج إلى الحمام كما لا يخرج لسائر الحوائج، ولو احتاج إلى الجماع، لا بأس بأن يدخل زوجته وجاريته في السجن فيطأهما، حيث لا يطلع عليه أحد؛ لأنه غير ممنوع عن اقتضاء شهوة البطن، فكذلك لا يمنع عن اقتضاء شهوة الفرج.

١٤٧٢٩- وذكر ابن شجاع في "نوادره" : عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم : قال : يمنع المحبوس عن وطء الحرائر والإماء؛ لأنه ليس من أصول الحوائج، ألا ترى أن بدون ذلك يعيش ويبقى، فيمنع ليتضجر قلبه، فيتسارع إلى قضاء الدين، بخلاف الأكل والشرب؛ لأنه لا حياة بدونهما، فلو منع منهما كان سبباً إلى إهلاكه، وأنه لا يجوز، قال بعض مشايخنا رحمهم الله : ولا يترك المحبوس حتى يأتي بوطاء، فيلقى تحته في السجن، حتى يكون ذلك أشق عليه، وأبلغ في الضجر، فيحصل المقصود.

١٤٧٣٠- وهل يترك ليكتسب في السجن؟ اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال

بعضهم : لا يمنع من الاكتساب في السجن ؛ لأن فيه نظراً من الجانبين ، من جانب المديون ؛ لأنه ينفق على نفسه وعياله ، ولرب الدين ، فإنه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك إليه ، وقال بعضهم : يمنع من ذلك ، وهو الأصح ، وإليه أشار الخصاف رحمه الله ؛ لأن المقصود من الحبس أن يضجر فيتسارع إلى قضاء الدين ولو ترك يكتسب في السجن ، لا يلحقه الضجر ؛ لأن السجن يصير بمنزلة الحانوت ، فلا يضجر بالمقام فيه ، فلا يحصل المقصود .

١٤٧٣١ - ولا يمنع المسجون من دخول أهله وجيرانه عليه ؛ لأنه يحتاج إلى دخولهم عليه ليشاورهم في قضاء الدين ، ولا يتضرر الطالب بذلك ، فلا يمنع عنه ، ولكن لا يمكنون من أن يمكثوا فيه طويلاً ، ولا أن يسكنوا معه ؛ لأنه يستأنس بهم ، ويزيل الوحشة عن نفسه ، فلا يلحقه الضجر في الحبس حينئذ .

١٤٧٣٢ - ولا ينبغي للقاضي أن يضرب محبوساً في دين ، ولا يقيده ، ولا يقيمه به ، ورد في الأثر عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله ما يدل على أن القاضي لا يقيده ، والذي رُوي عنه إذا حبس القاضي رجلاً في أمر قد استوجب الحبس ، فأقر بمال أو حد أو قصاص لزمه ذلك ، وكذلك إن قيد مع ذلك ، وقال : لا أخرجك من السجن ، وقال : لا آمن الفقيه عليك أو تصدّق ؛ وقد قيّده وحبسه في حق ، فما أقر به لزمه ، وإن كان حبسه في غير حق ، فهذا القول منه تهديد ، ولا يجوز ما أقر به في تلك الحالة .

قال هشام : سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول : إذا قال المدعى عليه : لا أقر ولا أنكر ، فإن حسبه من يرى حبسه إذا قال : لا أقر ، ولا أنكر ، حتى يُقر أو يُنكر ، فأقر في الحبس ، ألزمته المال ، قال : وكان أبو يوسف رحمه الله قال قبل ذلك : لا ألزمه المال ، ثم رجع عن قوله : لا ألزمه ، قال : لأني حبسته ليُقر أو ليُنكر ، فإن شاء أقر ، وإن شاء أنكر ، قال : إنما يبطل إقراره إذا حبس ليقر .

هذا لفظ أبي يوسف رحمه الله ، وهو إشارة إلى أن الحبس إذا كان لأجل الإقرار ، كان المحبوس مجبراً على الإقرار ، وإقرار المجبر عليه باطل ، فأما إذا كان الحبس ليقر أو ينكر ، لم يكن مجبراً على الإقرار ؛ لأن له أن ينكر ، فيصح إقراره ، فإن كان هذا

المحبوس لا يزال يهرب من السجن، يؤدبه القاضي بأسواط؛ لأنه ظهر منه هتك حرمة سجن القاضي، وتمرده وعناده، فيؤدبه بأسواط حتى يمتنع عن ذلك، ويكون عظة لغيره، هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله.

١٤٧٣٣ - وذكر الخصاف رحمه الله في «أدب القاضي»: أن القاضي إذا خاف على المحبوس أن يفر من سجنه، حوله إلى سجن اللصوص إذا كان لا يخاف عليه منهم؛ لأن القاضي يحتاج إلى حفظه، وسجن اللصوص أحصن، والرقيب ثمة أكثر، فيحوله إليه، فإن كان يخاف عليه من جهة اللصوص؛ بأن بينه وبين اللصوص عداوة، وعرف أنه لو حوله إليهم لقصدوه، لا يحوله؛ لأن فيه إهلاكه، وما استحق عليه الهلاك.

١٤٧٣٤ - قال محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: في رجل حبسه القاضي في دين لرجل عليه دراهم، وله دنانير، فإنه يبيعها القاضي، ويوفي الغريم حقه، ولو كان عرضاً لم يبعه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يبيع العروض والعقار[1] حتى يوفي الغريم حقه.

١٤٧٣٥ - اعلم بأن المحبوس في الدين إذا امتنع عن قضاء الدين، وله مال، فإن كان ماله من جنس الدين، بأن كان ماله دراهم، والدين دراهم، فالقاضي يقضي دينه من دراهمه بلا خلاف؛ لأن صاحب الدين لو ظفر بهذه الدراهم، كان له أن يأخذها قضاء من دينه؛ لأنه ظفر بجنس حقه.

والأصل فيه قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2]، فكان قضاء القاضي دينه بهذه الدراهم إعانة له على حقه، وللقاضي ولاية إعانة صاحب الحق على استيفاء حقه.

وإن كان ماله من خلاف جنس دينه، بأن كان الدين دراهم، وماله عروض، أو

---

(١) هكذا في الأصل وظ، وكان في م: دون العقار.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٩٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٥٥)، والدارقطني في سننه (٤٠٨/٤، ٢٣٤)، والبيهقي في الكبرى (١٩٩١٠)، وابن سعد في الطبقات (٨/ ٢٣٧)، وذكره ابن حجر في الفتح (٩/ ٥٠٧).

عقار، أو دنانير، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: لا يبيع العروض والعقار، وفي بيع الدنانير قياس واستحسان، ولكنه يستديم حبسه إلى أن يبيع بنفسه ويقضي الدين، وعندهما يبيع القاضي دنانيره وعروضه رواية واحدة، وفي العقار روايتان، ويكون البيع على الترتيب يبيع الدنانير أولا، ثم العروض ثم العقار على ما يأتي بيانه، فالأصل عندهما أن كل من وجب عليه حق، وامتنع من إيفاء ما صار مستحقًا عليه، وذلك مما تجري فيه النيابة، فإن القاضي يقوم مقامه في إيفاء ذلك الحق المستحق عليه فيه، كالذمي إذا أسلم عبده، فإن القاضي يجبره على البيع، فإن امتنع عن ذلك، فإن القاضي يبيعه عليه، وكالعنين بعد مضي المدة يأمره القاضي بالتفريق، فإن امتنع عن ذلك، فإن القاضي يفرق بينهما، وكذلك امرأة الذمي إذا أسلمت، فإن القاضي يعرض الإسلام على الزوج، فإن أبى أمره بالتفريق، فإن امتنع ناب منابه في التفريق، كذا هنا.

ولكن أبو حنيفة رضي الله عنه يقول: المستحق عليه قضاء الدين أما بيع ماله فغير مستحق عليه؛ لأن القدرة على قضاء الدين تثبت بأسباب: منها الاستقراض والاستيهاب، وقبول الصدقة، والبيع بالنسيئة؛ والاكتساب، فليس للقاضي أن يعين عليه البيع؛ لأن في ذلك إضرارًا بالمدعى عليه. ألا ترى أن القاضي لا يزوّج المديونة ليقضي الدين من مهرها، وإن كان يتوصل إلى قضاء الدين بذلك؛ لأن النكاح لم يتعين عليها لقضاء الدين.

وكذلك لا يؤجر المديون ليقضي الدين من الأجرة، وإن كان يتوصل إلى قضاء الدين؛ لأن الإجارة لم تتعين طريقًا لقضاء الدين، كذا هنا، وهذا لأنه مادام حيًا، فالدين واجب في ذمته، لا تعلق له بماله، ولا يثبت للقاضي اليد عليه، ولا يملك البيع.

وإن كان الدين دراهم، وماله دنانير، فالقياس أن لا يقضي منه دينه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي الاستحسان يبيع الدنانير بالدراهم، ويقضي دينه منها، وجه القياس أنهما جنسان مختلفان حقيقة وحكمًا، فلا يكون له أن يبيعهما بذلك الدين كالعروض، ولا شك في اختلاف المجانسة بينهما حقيقة، وكذلك في الحكم، فإنه لا يجري الربا بينهما.

وفي مسألتنا ليس لصاحب الدين أن يأخذ الدنانير مكان الدراهم، ولو كانا جنسًا

والحاصل أن القاضي نصب ناظراً، فينبغي أن ينظر للمديون، كما ينظر للغرماء، فيبيع ما كان أنظر له، وبيع ما يخشى عليه التلف من العروض أنظر من بيع ما لا يخشى عليه، فيبدأ به، قال: فإن لم يف ثمنه بالديون، يبيع ما لا يخشى عليه التلف من العروض، لأنه أنظر من بيع العقار، فإن لم يف ثمنه بالديون حينئذ يبيع العقار.

١٤٢٣٧ - وإذا كان للمديون ثياب يلبسها، ويمكنه أن يجتزي بدون ذلك، فإنه يبيع ثيابه، ويقضي الدين ببعض ثمنها، ويشتري بما بقي ثوباً يلبسه؛ لأن لبس ذلك للتجمل، وقضاء الدين فرض عليه، وعلى هذا القياس إذا كان له مسكن، ويمكن أن يجتزي بما دون ذلك المسكن يبيع ذلك المسكن، ويصرف بعض الثمن إلى الغرماء، ويشتري بالباقي مسكناً لنفسه.

وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: إنه يبيع ما لا يحتاج إليه للحال، حتى إنه يبيع اللبد في الصيف، والنطع في الشتاء، وإذا كان له كانون من حديد، أو صفر، يبيعه ويتخذ كانوناً من طين.

١٤٢٣٨ - وعن محمد رحمه الله: أن المديون إذا وجد من يدينه إلى أجل، ولا يستدين ولا يقضي يدخل تحت قوله ﷺ: «لي[1] الواجد يحل عرضه وماله»[2]، وهذا لأن الواجد ليس هو الغني، بل الواجد من يمكنه قضاء الدين، وقد أمكنه قضاء الدين بهذا الطريق.

ثم أي قدر يترك للمديون من ماله، ويبيع ما سواه؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في شيء من الكتب، وقد روي عن عمر بن عبد العزيز فيه ثلاث روايات، في رواية قال: يترك ثيابه ومسكنه وخادمه ومركبه؛ لأنه يحتاج إلى ذلك كله، وفي رواية أخرى قال: يترك ثيابه ومسكنه وخادمه، وبهذه الرواية أخذ بعض القضاة.

وفي رواية قال: يباع جميع ماله، ويؤاجر، ويصرف غلته إلى غرمائه، وفي

---

(١) لي الواجد: أي مطل الواجد، يقال: لوى فلاناً دينه وبدينه ليّاً: مطله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٧٠) وابن ماجه في سننه (٢٤٢٧) وابن أبي شيبة في مصنفه (٢٢٤٠٦) وابن حبان في صحيحه (٥٠٨٩) والنسائي في الكبرى (٦٢٨٨-٦٢٨٩) والحاكم في المستدرك (٧٠٦٥) والطبراني في المعجم الأوسط (٣٤٢٨) وأحمد في مسنده (١٧٩٢٥) والطبراني في الكبير (٧٢٤٩-٧٢٥٠).

ظاهر رواية أصحابنا رحمهم الله لا يؤاجر إلا رواية رُوِيَ عن أبي يوسف رحمه الله ، وجه ظاهر الرواية أنه لم يتعلق حق الغرماء بمنافع بدنه ، فلا يؤاجر ، ولكن لو آجر هو نفسه ، وأخذ الأجرة ، يترك له قوت يومه وعياله ، ويصرف ما سوى ذلك إلى رب الدين .

ومن القضاة من قال : إن كان في موضع الحر يباع ما فوق الإزار ؛ لأن هناك الحاجة إلى ستر العورة لا غير ، وإنه يحصل بالإزار ؛ وإن كان في موضع البرد ، يترك له ما يدفع به ضرر البرد حتى لا يبيع جبته وعمامته ، ويبيع ما سوى ذلك ، ومن المشايخ رحمهم الله من قال : يترك له دستٌ من الثياب ، ويباع ما سوى ذلك . وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ، ومنهم من قال : يترك له دستين من الثياب ، ويباع ما سوى ذلك ، حتى إذا غسل أحدهما لبس الآخر ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله .

١٤٧٣٩ - وفي « نوادر ابن سماعة » عن محمد رحمه الله : رجل عليه دين وهو معسر ، وله دين على رجل ملىء ، فإن الحاكم يحبس المعسر ، حتى يتقاضا مال على غريمه الموسر ، ويقضي عن نفسه ، فإن فعل وحبس غريمه الموسر ، فإن الحاكم لا يحبس المعسر بما عليه - ولأنه قضى ما عليه في تقاضي دينه ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا كان للمعسر دين على غريمه ، أخذ القاضي غريمه بدينه ، وقضى دين غرمائه .

١٤٧٤٠ - وفيه أيضاً : رجل حبس في الكفالة بنفس رجل ، ثم علم أن المكفول بنفسه غائب ببعض الأمصار ، قال : آمره أن يأخذ كفيلا بنفسه ، ويخرجه من السجن ، حتى يجيء بالذي كفل به ، وكذلك المحبوس بالدين إذا علم أنه لا مال له في هذه البلدة ، وله مال في بلدة أخرى ، يؤمر رب الدين أن يخرجه من السجن ، ويأخذ منه كفيلا بنفسه على قدر المسافة ، ويأمره أن يبيع ماله ، ويقضي دينه . ولم يذكر هنا أن رب الدين لو كان غائبا ، ورأيت في موضع آخر أن القاضي يخرج المحبوس من السجن ، ويأخذ منه كفيلا .

الحسن عن أبي يوسف رحمه الله : إذا باع أمين القاضي عروض المديون في دينه ، وقبض الثمن ، وهلك ، ثم استحق المبيع ، يرجع المشتري على الغريم ، ويرجع الغريم

على المطلوب، ولا يرجع المشتري على المغصوب.

١٤٧٤١ - ويجوز إقرار المحبوس بالدين لغيره بعد أن يحلف بالله ما أقر به على وجه التلجئة. وهذا قول أبي يوسف رحمه الله. وإذا أقر المحبوس بالبيع يحلف المشتري بالله أنه اشترى منه شراء صحيحاً، ودفع الثمن إليه، وقد كان ذلك بلا تلجئة. والله أعلم بالصواب.

الفصل الثامن والعشرون

فيما يقضي به القاضي، وفيما يرد قضاءه وما لا يرد

١٤٧٤٢ - ما يجب اعتباره في هذا الفصل شيئان: أحدهما: أن قضاء القاضي متى اعتمد سببًا صحيحًا، ثم بطل السبب من بعد، لا يبطل القضاء؛ لأن بقاء السبب ليس بشرط لبقاء القضاء، ألا ترى أن بقاء السبب لم يشترط لبقاء الحكم، فكذا لا يشترط لبقاء القضاء، وإذا ثبت عدم السبب من الأصل بعد وجوده من حيث الظاهر، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر، وعند أبي يوسف الأول - وهو قول محمد رحمه الله - يبطل القضاء، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، والمسألة معروفة، والثاني: أن استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف البيع السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه وفسخه في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن الخصومة من المستحق، وطلب الحكم من القاضي ذلك النقض، فينتقض به البيع، كما ينتقض بصريح النقض، حتى لا يعمل إجازة المستحق بعد ذلك، عن أبي يوسف رحمه الله: أن أخذ العين بحكم القاضي دليل الفسخ والنقض، فينتقض به، حتى لا تعمل إجازته بعد ذلك، وفي ظاهر الرواية: لا يكون شيء من ذلك النقض، أما الخصومة وطلب الحكم فلأنهما لإثبات الاستحقاق وإظهاره، والاستحقاق لو كان ثابتًا ظاهرًا وقت البيع، لا يمنع انعقاد البيع، فظهوره في الانتهاء لأنه لا يوجب النقض، والفسخ أولا، والأخذ بحكم القاضي أيضًا محتمل يحتمل للتلوّم والتأمل، ويحتمل النقض والفسخ، والعقد جائز بيقين، فلا يثبت النقض بالشك.

١٤٧٤٣ - قال محمد رحمه الله في "الزيادات": رجل اشترى من آخر جارية، ولم يقبضها، حتى استحقها رجل بالبينة، والبائع والمشتري حاضران، وقضى القاضي بها للمستحق، ثم ادعى البائع أو المشتري أن المستحق باعها من هذا البائع، وسلمها إليه، ثم باعها البائع من المشتري، وأقام البينة، قبلت بينته، فقد شرط محمد

بطلان القضاء، كما لو قضى القاضي بفسخ البيع بسبب العيب، ثم زال العيب، أو قضى بالفرقة بسبب العنة، ثم زال العنة، وقول محمد رحمه الله في الكتاب، ثم وجد البائع بينة، وأقامها على المشتري[1]، يشير إلى أن شرط قبول هذه البينة إقامتها على المستحق.

١٤٧٤٥ - ولو كان المشتري قبض الجارية من البائع، واستحقها مستحق بالبينة، قضى بها للمستحق، ويشترط ههنا حضرة المشتري لا غير؛ لاجتماع ملك الرقبة واليد له، وينقض القاضي البيع بينهما على ظاهر الرواية، إذا طلب المشتري، ويرجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن المبيع استحق من يد المشتري بسبب سابق على الشراء، فإن أقام البائع بعد ذلك بينة على المستحق أنه كان اشتراها منه، وقبضها قبل أن يبيعها، قضى القاضي بها للبائع، وبطل نقض القاضي، حتى كان للبائع أن يُلزم الجارية المشتري؛ لأن الجارية إذا كانت مسلّمة إلى المشتري، لم يكن قضاء القاضي بالفسخ بسبب عجز البائع عن التسليم، وإنما كان باستحقاق الملك على المشتري، وبإقامة البائع البيّنة تبين أن الملك لم يكن مستحقًا عليه، فانعدم سبب الفسخ من الأصل، فأوجب بطلان القضاء بالفسخ، وهذا قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر: لا يبطل قضاء القاضي بالفسخ، ولا يكون للبائع أن يلزم المشتري الجارية؛ لما مرّ في أول الفصل.

ثم عند محمد رحمه الله: لمّا كان للبائع أن يلزم المشتري الجارية، وإن أبى، هل للمشتري أن يأخذها من البائع إذا أبى البائع ذلك؟ لم يذكر هذا الفصل ههنا، قال مشايخنا رحمهم الله: وينبغي أن لا يكون له ذلك، وإليه أشار بعد هذا؛ لأن المشتري لمّا طلب من القاضي أن يفسخ العقد بينهما، فقد رضي بانفساخ البيع، وانفسخ العقد في حقه إن لم ينفسخ العقد في حق البائع، فلهذا كان للبائع أن يلزم المشتري، ولا يكون للمشتري أن يلزم البائع، هذا إذا فسخ القاضي العقد بينهما، فلو أن القاضي لم يفسخ العقد بينهما، ولكن البائع مع المشتري أجمع على الفسخ، حتى استحقت الجارية من يد المشتري، ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما قلنا، وقضى القاضي له بالجارية لا

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن الظاهر: المستحق.

يكون له أن يلزم المشتري بلا خلاف؛ لأن الفسخ بالتراضي يثبت مطلقاً، فلا يبطل بعد ذلك.

١٤٧٤٦ - وإن أراد المشتري أن ينقض البيع بعد الاستحقاق من غير قضاء ولا رضاء، ليس له ذلك، فالمذهب أنه لا بد لصحة النقض ههنا من قضاء، أو تراضي منهما، وهذا لأن حق المشتري في العين بعد الاستحقاق على ظاهر الرواية، وإذا العقد لم ينقض بمجرد الاستحقاق على ظاهر الرواية، فالمشتري بالنقض يريد نقل حقه من العين إلى الثمن، فلا يملك إلا بقضاء القاضي، أو برضاء خصمه، وهو نظير ما قلنا في العبد المغصوب: إذا أبق من يد الغاصب، وأراد المالك أن يضمنه قيمته، ليس له ذلك إلا بقضاء القاضي، أو برضاء الغاصب.

وكذلك المغصوب إذا كان شيئاً مثلياً، وانقطع أوانه[1]، وأراد المالك أن يضمّن الغاصب قيمته، ليس له ذلك إلا بقضاء أو رضاء الغاصب، والمعنى في الكل ما بينا.

وإن كان المشتري لم يطلب من القاضي فسخ العقد بعد الاستحقاق، ولكن طلب من البائع[2] أن يرد الثمن عليه، ورده عليه، ثم أقام البائع بينة على المستحق على ما ذكرنا، وأخذ الجارية من المستحق، ليس له أن يلزم المشتري إياها؛ لأن الإلزام يبتنى على البيع، والبيع قد انفسخ بينهما بتراضيهما؛ لأن المشتري بطلب الثمن رضي بالفسخ، وكذلك بإعطاء الثمن رضي بالفسخ. والفسخ ينفذ بالتراضي، ويصح بالتعاطي ظاهراً وباطناً، فلا يبقى للبائع ولاية الإلزام بعد ذلك.

١٤٧٤٧ - ولو كان البائع لم يرد الثمن حتى خاصمه المشتري إلى القاضي، ففسخ العقد بينهما، وألزم البائع الثمن للمشتري، فأخذ منه أو لم يأخذه، حتى أقام بينة على المستحق على ما قلنا، وأخذ الجارية، كان له أن يلزم المشتري عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول؛ لأن الفسخ ههنا لو ثبت بالقضاء، والقضاء حصل بناء على سبب ظهر انعدامه من الأصل، فأوجب بطلان القضاء عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول على ما مر.

(١) هكذا في ظ والأصل، وكان في م: أمثاله مكان: أوانه.

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: ولكن طلب القاضي أن يرد الثمن عليه.

فرع محمد رحمه الله على الفصل الأخير: وهو ما إذا رجع المشتري بالثمن على البائع بقضاء القاضي، فقال: لو أقر البائع أنه نوى الفسخ حين رجع المشتري عليه، وبقي المسألة بحالها، لم يكن للبائع أن يلزم المشتري بلا خلاف؛ لأنه حين نوى الفسخ، فقد رضي بالفسخ، وتعقد معنى الفسخ بالتراضي لا بمجرد النية أصلاً، فقد أثبت الفسخ من جهة البائع بمجرد النية، وذكر في الجامع الصغير في المشتري: الجارية إذا جحد الشراء، وعزم البائع على ترك الخصومة له أن يطأها، وأثبت الفسخ بمجرد عزم البائع على الفسخ، وهذا مشكل؛ لأن فسخ شيء من العقود لا يقع بمجرد النية، ألا ترى أنه لو كان في البيع خيار شرط أو خيار رؤية، ونوى بقلبه فسخ العقد، لا ينفسخ بمجرد نيته.

من مشايخنا رحمهم الله من قال: لم يرد محمد رحمه الله نوى الفسخ أن يقصد بقلبه الفسخ، وإنما أراد أن يظهر منه أمارات الرضا بالفسخ؛ لأن عرض الجارية على البيع، أو وطئها بعد ما استردها من يد المستحق بإقامة البينة على نحو ما بينا؛ ولكن هذا بعيد، فإنه وضع المسألة فيما إذا أقر البائع أنه نوى الفسخ حين رجع المشتري عليه بالثمن، والعرض على البيع، والوطء لا يتصور في تلك الجارية؛ لأن في تلك الحالة الجارية ملك المستحق، وفي يديه.

ومنهم من قال: تأويله أن البائع حين رد الثمن على المشتري نوى فسخ العقد، وفي مسألة الجامع الصغير عزم على ترك الخصومة بالوطء، فيكون الفسخ اقترن به النية لا بمجرد النية.

وقوله في الكتاب: نوى الفسخ حين رجع عليه المشتري أراد به رجوعاً اتصل به الرد.

ومنهم من قال: الفسخ هنا وقع بقضاء القاضي، إلا أن للبائع أن يبين بالبينة أن الفسخ لم يقع عند محمد رحمه الله وأبي يوسف الأول، على نحو ما بينا، وهذا حق له، فله تركه وله استيفاؤه، فإذا عزم على الفسخ فقد ترك هذا الحق، فعملت نيته في حقه، أما الفسخ بقضاء القاضي.

١٤٧٤٨ - رجل اشترى من آخر عبداً بمائة دينار، وقبضه وباعه من آخر، وقبضه المشتري الثاني، ثم استحقه رجل على المشتري الثاني، فأقام المشتري الثاني بينة على

المستحق أنه كان باعه من البائع الأول بكذا، وسلّمه إليه، والبائع الأول باعه من هذا، وسلّمه إليه، قبلت بينته في ظاهر الرواية؛ لأن بالاستحقاق لا ينفسخ العقد بل يبقى العقد موقوفاً، فيحتاج المشتري الآخر إلى تقرير ذلك البائع الأول والثاني ليتقرر ملكه، فينتصب خصماً فيه، فهذه بينة قامت من خصم على خصم، وليس فيه تغيير القضاء الأول، بل فيه تقرير له، ولو أقامها لا على الوجه الذي استحق عليه، قبلت بينته، وقضى بالغلام له بهذه. ولو لم يقم المشتري الآخر بينة على ذلك، ولكن خاصم بائعه، وهو المشتري الأول في الثمن، وقضى عليه بذلك، ثم إن المشتري الأول أقام بينة على أن المستحق باعه من البائع الأول، وسلّمه إليه قبل أن يبيعه منه، وأخذ الغلام منه، هل له أن يلزم المشتري الثاني؟ على قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول له ذلك، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر: ليس له ذلك، كذا ذكر.

فإن لم يجد المشتري الأول بينة على ذلك، ورجع على البائع الأول بالثمن، وقضى له به عليه، فأقام البائع الأول بينة على ذلك المستحق على ما ذكرنا، وأخذ الغلام من المستحق، كان له أن يلزم المشتري عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول، وهل للمشتري الأول أن يلزم المشتري الثاني؟ عند محمد وأبي يوسف الأول ذكر أن ليس له ذلك؛ لأن المشتري الثاني لما رجع على المشتري الأول، فقد رضي بانفساخ العقد بينه وبين المشتري الأول، فانفسخ العقد في حقه، لكن لم يظهر الانفساخ في حق المشتري الأول؛ لعدم الرضا منه، ولهذا احتيج إلى القضاء عليه بالثمن، فإذا رجع هو على البائع الأول، فقد رضي بالفسخ العقد بينهما، فانفسخ بينهما بتراضيهما، وقد ذكرنا أن الفسخ الحاصل بالتراضي يثبت مطلقاً، فلا يبطل بعد ذلك.

٢٤٧٤٩: رجل اشترى من آخر غلاماً، وقبضه ونقد الثمن، فجاء مستحق واستحقه من يد المشتري بالبينة، وقضى القاضي بالغلام للمستحق، ثم أقام المشتري بينة على المستحق أنه كان أمر البائع ببيعه، فباعه بأمره، قبلت بينته؛ لأنه خصم فيه، لأنه بهذه البينة تقرر ملكه، فإنه يثبت كون البائع وكيلاً من جهة المستحق، وبيع الوكيل يوجب الملك للمشتري، وليس فيه تغيير القضاء الأول، بل هو تقرير له؛ لأن بيع العبد بأمر المستحق إنما ينفذ باعتبار ملكه، فقبلت لهذا

فإن لم يقم المشتري بينة على ذلك ، ورجع على بائعه بالثمن ، وقضى له به ، ثم إن البائع أقام بينة على المستحق أنه كان أمره ببيع هذا العبد قبل أن يبيعه ، ينظر إن كان ما دفع المشتري عين ما قبضه منه ، أو أمسك المقبوض ورد مثله ، أو استهلك المقبوض ، وضمن مثله ، لا تقبل بينته ؛ لأنه لا فائدة في قبول هذه البيّنة ؛ لأن فائدة القبول في هذه الصورة ، أما إلزام المشتري الغلام أو استرداد ما دفع للمشتري ، وكل ذلك ممتنع هٰهنا ، أما إلزام المشتري الغلام فلأن البائع لما أثبت الوكالة ظهر أن المستحق كان موكلا ، وقد فسخ العقد مع المشتري حين جحد الشراء ، والمشتري قد رضي بذلك الفسخ حين رجع بالثمن على البائع ، والعقد متى انفسخ فيما بين الموكل والمشتري بتراضيهما ، فالوكيل لا يتمكن من إلزام المشتري ذلك العقد ، عُرف ذلك في موضعه .

ولا وجه إلى الثاني ؛ لأن العقد لما انفسخ فيما بين الموكل والمشتري بتراضيهما ، عاد الثمن إلى ملك المشتري ، فإن كان قائمًا وجب على البائع ، وهو الوكيل أن يرد عينه إن شاء ، وإن شاء أمسكه ، وردّ مثله ، وإن كان الوكيل قد استهلكه ضمن مثله ؛ لأن الوكيل يضمن بالاستهلاك ، فإذا دفع الوكيل للمشتري ما هو عين حقه ، فلا يكون له ولاية الاسترداد .

وإن كان الثمن قد هلك عند الوكيل ، وضمن الوكيل للمشتري مثله من ماله ، قبلت بينته ؛ لأن له في هذه البينة فائدة ، وهو استرداد ما دفع إلى المشتري ؛ لأن بهذه البينة ثبت أنه كان وكيلا ، وهلاك الثمن في يد الوكيل لا يوجب عليه ضمانًا ، فيظهر أن المشتري أخذ ما أخذ بغير حق ، فكان للوكيل ولاية الاسترداد ، فلهذا قبلت بينته ، وإذا قبلت بينته يسترد من المشتري ما دفع إليه ، فيأخذ الغلام من المستحق ، ويدفع إلى المشتري عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول .

فإن قيل : ينبغي أن لا يكون للوكيل ولاية أخذ الغلام من المستحق ؛ لأن العقد انفسخ فيما بين الموكل والمشتري بتراضيهما ، فلا يعود بعد ذلك ، فتقبل بينته على استرداد ما دفع إلى المشتري ، لا على أخذ الغلام من المستحق ، ويرجع المستحق بمثل ذلك الثمن ، ويدفعه إلى المشتري ؛ لأنه تبين أنه كان عاملا للمستحق[1] ، فعند عدم

---

(١) وكان في الأصل : أنه كان للبائع عاملا للمستحق .

بثمنه، ويدفع العبد إليه، فيكون رهنًا عنده؛ لأنه أثبت فيه ملك اليد لنفسه، وحق الحبس، ولهذا كان أحق من البائع، فيكون أحق ممن تلقى الملك من جهته، وهل يتمكن المرتهن من فسخ هذا البيع؟

رُوي عن محمد رحمه الله أنه يتمكن، ووجه ذلك أن حق المرتهن بمنزلة الملك، فإن الثابت له ملك اليد والحبس، ومن باع ملك الغير، فإن أجازه المالك يتم البيع، وإن فسخه ينفسخ، فهذا مثله، والصحيح أنه لا يملك؛ لأنه لا حق له حتى إذا أجازه كان المشتري متملكًا العين على الراهن، لا على المرتهن، وإنما الثابت للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصل دينه إليه، وهذا المعنى يوجب توقف العقد أما لا يثبت حق الفسخ، والمشتري بالخيار، إن شاء فسخ؛ لأن التسليم فات بسبب كان عند البائع، فيجعل كأن لم يكن، وإن شاء صبر حتى يفكها الراهن، فيأخذها؛ لأن فوات التسليم بسبب يرجى زواله، فله أن ينتظر ذلك، كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض، فإن اختار المشتري فسخ العقد، وفسخ القاضي العقد، وقضى له بالثمن على البائع، ثم إن البائع قضى المرتهن المال، واستردها، ليس له أن يلزم المشتري؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ اعتمد سببًا ظاهرًا، وهو كونها مرهونة، وهذا لم ينعدم من الأصل، بل زال بعد تحققه، فلا يوجب بطلان القضاء على ما مر.

ولو كان الراهن قد قضى الدين، وقبض الجارية، ثم باعها من هذا المشتري، ثم إن المرتهن جحد القضاء، وقضى القاضي له بالعبد رهنًا، وطلب المشتري من القاضي أن يفسخ العقد، وفسخ، ورد الثمن على المشتري، ثم أقام البائع بينة على قضاء الدين، واستردادها قبل البيع، وأخذها، وأراد أن يلزم المشتري، هل له ذلك؟ ذكر في بعض نسخ محمد رحمه الله أن المسألة على التفصيل إن كان المشتري لم يقبضها حتى استحقها المرتهن، ليس له ذلك؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ كان باعتبار سبب قائم، وهو عجز البائع عن التسليم، وهذا لم ينعدم من الأصل، بل ارتفع بعد تحققه، ولا يوجب بطلان القضاء، وإن كان المشتري قبضها، فله أن يلزم المشتري، وعند محمد وأبي يوسف رحمهما الله الأول، خلافًا لأبي يوسف الآخر؛ لأن الجارية إذا كانت مسلمة إلى المشتري لم يكن قضاء القاضي بالفسخ باعتبار العجز عن التسليم، بل بكونها مرهونة، وهذا قد انعدم من الأصل، فيبطل قضاء القاضي عند محمد وأبي يوسف رحمهما الله

الأول على ما مر.

ووقع في بعض النسخ: أن له أن يلزم المشتري عند محمد وأبي يوسف الأول مطلقاً من غير تفصيل، وهكذا ذكر صاحب الكتاب، فهذا الإطلاق يدل على أن الإلزام عند محمد وأبي يوسف رحمهما الأول، سواء كانت الجارية مسلمة إلى المشتري، أو لم تكن، وهو الصحيح، أما إذا كانت الجارية مسلمة فلما قلنا، وأما إذا لم تكن مسلمة؛ فلأن عجز البائع عن التسليم قد انعدم من الأصل؛ لأن عجز البائع عن التسليم؛ لكونها مرهونة، وقد انعدم ذلك من الأصل - والله أعلم بالصواب -

الفصل التاسع والعشرون

في بيان ما يحدث بعد إقامة البينة قبل القضاء

١٤٧٥١ - قال محمد رحمه الله في الجامع: عبد في يدي رجل، جاء رجل، وادّعى أنه عبده، وأنكر صاحب اليد دعواه، فذهب المدعي ليأتي بالشهود، فباع صاحب اليد العبد من رجل، وسلّمه إليه، ثم أودع المشتري العبد من البائع، وغاب، ثم إن المدعي أعاد صاحب اليد عند القاضي هذا ليقيم عليه البيّنة بحقه، فهذه المسألة على وجوه: إما إن علم القاضي بما صنع ذو اليد أو لم يعلم، ولكن أقر المدعي بذلك، وفي الوجهين جميعًا لا خصومة للمدعي مع صاحب اليد، وسيأتي جنس هذه المسائل في كتاب الدعوى.

وكذلك إذا أقام صاحب اليد بينة على إقرار المدعي بذلك؛ لأن الثابت بالبينة إذا صحت كالثابت عيانًا، فكأن القاضي عاين إقرار المدعي بذلك، وإن لم يكن شيء من ذلك، ولكن صاحب اليد أقام بينة على ما صنع، وذكر أنه وديعة في يده لفلان بشراء، كان بعد الخصومة، فإن القاضي لا يقبل بينته، ولا تندفع عنه الخصومة، وإذا لم تندفع عنه خصومة المدعي، وقضى القاضي عليه بالعبد ببينة المدعي ثم حضر المشتري بعد ذلك، وأقام البينة على الشراء من صاحب اليد، لا تسمع بينته؛ لأنه يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد، وذو اليد صار مقضيًا عليه بالملك المطلق، فكذا من يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد، والذي ذكرنا في دعوى البيع من الغائب، وإيداع الغائب منه كذلك في دعوى الهبة والصدقة.

ولو كان القاضي لم يقض بشهادة شهود المدعي حتى حضر المشتري دفع ذو اليد العبد إليه، ويجعل القاضي المشتري خصمًا للمدعي، ولا يكلف المدعي إقامة البينة؛ لأن إقامتها على ذي اليد صحت ظاهرًا، فلا يبطل بإقرار ذي اليد، ويجعل المشتري كالوكيل من ذي اليد، فإذا قضى القاضي بالعبد على المشتري للمدعي يبطل البيع الذي جرى بينه وبين ذي اليد، ورجع عليه المشتري بالثمن لاستحقاق المبيع من يده، وكذلك

ثم شهد على صاحب اليد رجل واحد ، ثم حضر المشتري ، ودفع العبد إليه ، فأقام المدعي شاهداً آخر على المشتري ، قضى له بالعبد ، ولا يكلفه على إعادة الشاهد الأول .

وكذلك لو أن ذا اليد باع العبد من غيره ، ولم يسلمه إلى المشتري حتى حضر المدعي ، فأقام الذي في يديه البينة أنه باع من فلان ، ولم يسلّمه إليه ، لا يلتفت إلى بينة ذي اليد ، ويكون الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقام البينة على البيع والقبض ، ثم الإيداع منه .

١٤٧٥٣ – قال محمد رحمه الله في "الجامع" : رجل في يديه عبد ، أقام رجل بينة على أنه عبده ، اشتراه من الذي في يده بألف درهم ، ونقده الثمن ، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان ، أودعه فإن الخصومة لا تندفع عنه ، وستأتي هذه المسألة مع أجناسها في كتاب الدعوى ، فلو لم يقض القاضي بالعبد للمدعي حتى حضر المقر له ، وصدق ذا اليد فيما أقر له به ، فالقاضي يأمر ذا اليد بدفع العبد إلى المقر له ؛ لأن الإقرار من ذي اليد وجد في حال العبد مملوك له ظاهراً ، ثم يقضي القاضي لمدّعي الشراء بالعبد ، ولا يكلف إعادة البينة على المقر له ؛ لأن بينته صحّت ظاهراً ؛ لكون ذي اليد خصماً له من حيث الظاهر ، ولم يبطل بإقرار ذي اليد بالعبد للمقر له ؛ لأن إقراره حجة في حقه ، لا في حق غيره ، ويصير الغائب إذا حضر كأنه هو الوكيل بالخصومة عن ذي اليد ؛ لأنه أقر له بالملك ، والخصومة يكون إلى المالك ، فقد فوّض الخصومة إليه ، وصار حاصل مسألتنا في حق المدعي كأنه أقام شاهدين على ذي اليد بالشراء منه ، فقبل أن يزكي بينته ، ويقضي له بالعبد ، وكل ذو اليد رجلاً حتى يخاصم مع المدعي ، ولو كان كذلك كان لا يكلف المدعي إعادة البينة ثانياً ، كذا ههنا .

فإن قال المدعي : أنا أعيد البينة على المقر له ، كان له ذلك ، وكان المقضي عليه في هذه الحالة المقر له لا ذا اليد ، بخلاف ما إذا قال المدعي : أنا لا أعيد البينة ، فإن المقضي عليه في هذه الصورة ذو اليد لا المقر له .

والفرق أن المدّعي إذا لم يرضَ بإعادة البينة ، لم ينفذ إقرار ذي اليد في حق المدعي ، كيلا يلزمه إعادة البينة ، فكان صاحب اليد لم يقر بذلك ، ولو لم يقر بذلك ، كان المدعي عليه ذا اليد ؛ لأن البينة قامت عليه ، وهو لم يكن وكيلاً عن المقر له ، فأما إذا

قال: أنا أعيد البينة، فقد رضي ببطلان ما أقام من البينة على ذي اليد، ونفذ إقرار ذي اليد في حق المدعي، فصار المقضي عليه في هذه الصورة المقر له؛ فلو أن القاضي لم يقض بالعبد للمدعي على الذي حضر، حتى أقام الذي حضر بينة أنه عبدي، أودعته من صاحب اليد، أو لم يقم البينة على الإيداع قبلت بينته، وبطلت بينة مدعي الشراء؛ لأن بينته تبين أن المدعي أقام البينة على غير الخصم، وهذه البينة من رب العبد ما قبلت لإثبات الملك لرب العبد؛ لأن العبد في يده، والملك ثابت له بظاهر اليد، فلا حاجة له إلى البينة لإثبات الملك لنفسه في العبد، وإنما قبل لإبطال بينة المدعي، فإن رب العبد بما أقام من البينة أثبت أن المدعي أقام البينة على غير خصم، والبينة من صاحب اليد على إبطال بينة المدعي مقبولة، كما لو أقام البينة أن شهود المدعي كفار، أو عبيد، أو محدودون في قذف.

فإن أقام رب العبد بينة على ما قلنا، ثم أعاد مدعي الشراء البينة على رب العبد أن العبد كان للذي في يديه، وأنه اشتراه منه بألف درهم، ونقده الثمن، فهذا على وجهين: إما إن أعاد البينة على رب العبد بعدما قضى القاضي لرب العبد ببينته، وفي هذا الوجه لا يقبل بينته؛ لأن مدعي الشراء صار مقضيًا عليه من جهة رب العبد؛ لأن رب العبد إنما أقام البينة على مدعي الشراء، والمقضي عليه إذا أقام البينة في عين ما قضي عليه، لا تقبل بينته إلا أن يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له، ولم يوجد، كذا ههنا، وإن كان قبل القضاء يقبل بينة مدعي الشراء متى أعادها على المقر له. ثم ههنا ثلاث مسائل: إحداها: ما ذكرنا أن مدعي الشراء أقام شاهدين، وقبل القضاء له أقر صاحب العبد بالعبد لإنسان، وصدقه المقر له.

١٤٧٥٣ - المسألة الثانية: إذا أقام المدعي شاهدًا واحدًا على الشراء من ذي اليد، وأقر ذو اليد بالعبد لفلان الغائب، ثم حضر فلان، وصدق المقر له في إقراره، فإنه يؤمر بدفع العبد إلى المقر له؛ لما مر في المسألة الأولى، فإن أقام مدعي الشراء شاهدًا آخر على الشراء قضي بالعبد له، ولا يكلفه القاضي إعادة الشاهد الأول على المقر له؛ بخلاف ما قلنا في الشاهدين في المسألة الأولى، ويكون المقضي عليه ذو اليد دون المقر له؛ لأن الشاهد الأول قام على ذي اليد، والشاهد الثاني قام على المقر له، وأمكن جعل المقر له تابعًا لذي اليد؛ لأنه رضي بتفويض الخصومة إليه، فيجعل الشاهد القائم على المقر له

قائمًا على ذي اليد، ويكون المقر له كالوكيل على ذي اليد، فأما لا يمكن أن يجعل القائم على ذي اليد كالقائم على المقر له؛ لأن المقر له لم يرض بكون ذي اليد نائبًا عنه في الخصومة، فلهذا جعلنا المقضي عليه ذا اليد دون المقر له، وما ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: أن القاضي يقضي بشهادة شاهدي على رب العبد أراد بذلك القضاء في حق الأخذ والانتزاع من يده، لا في حق القضاء بالملك؛ بدليل أنه ذكر أن المقر له لو أقام بينة أن العبد عبده، قبلت بينته، ولو صار مقضيًا عليه لما قبلت بينته.

١٤٧٥٤ - المسألة الثالثة: مدعي الشراء إذا لم يقم البينة على ذي اليد، حتى أقر ذو اليد أن العبد لفلان الغائب أودعه إياه، ثم حضر المقر له، وصدقه ودفع العبد إليه، ثم أقام مدعي الشراء البينة على المقر له، وقضى القاضي بذلك، كان المقضي عليه في هذه الصورة المقر له؛ لأن إقرار ذي اليد قبل إقامة مدعي الشراء البينة أمر لا يصح في حق المدعي، إذ ليس فيه إضرار بالمدعي، فيصح وصار الثابت بالإقرار كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة أن الملك له، ثم ادعى المدعي أن العبد كان لفلان اشتراه منه يقضى له به، ويصير المقر له مقضيًا عليه دون ذي اليد، كذا ههنا، بخلاف المسألة الأولى والثانية؛ لأن ثمة إقرار ذي اليد لم يصح في حق المدعي؛ لأنه لو صح بطل ما أقام المدعي من البينة، فيتضرر به المدعي بإعادة البينة.

١٤٧٥٥ - هذه المسألة في الباب الثاني من دعوى الجامع، وفي آخر دعوى الجامع: رجل في يديه دار جاء رجل، وادعى أنها داره، وطلب القاضي من المدعي البينة، فقاما من عند القاضي، وباع المدعى عليه الدار من رجل، فبيعه صحيح حتى لو تقدما بعد ذلك إلى القاضي، وجاء المدعي بشهود يشهدون على أن الدار له، وقد علم القاضي ببيع المدعى عليه، أو أقر المدعي بذلك، فلا خصومة بينهما، وإن كانت الدار في يد المدعى عليه كذلك، ولو أقام المدعي شاهدًا واحدًا، ثم قاما من عند القاضي، فباع المدعى عليه الدار من رجل، فبيعه صحيح حتى لو تقدما بعد ذلك إلى القاضي، وجاء المدعي بالشاهد الآخر، فالقاضي لا يسمع خصومة المدعي إذا علم القاضي بالبيع، أو أقر المدعي بذلك، ولو كان المدعي أقام شاهدين، فعدلا فلم يقض القاضي بشهادتهما، ثم قاما من عند القاضي، وباع المدعى عليه الدار من المدعي، لا يصح بيعه حتى لو تقدما بعد ذلك إلى القاضي، فالقاضي يقضي عليه بتلك البينة، وإن أقر المدعي

بيعه ، أو علم القاضي بذلك ، فرق بين الشاهد وبين الشاهدين .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه سوّى بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين ، وأبطل بيع المدعى عليه ، وبيّنه في الفصلين جميعًا ، ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن بإقامة الشاهدين إن لم تثبت حقيقة الملك للمدعي في المدعى به ، يثبت حق الملك لوجود الحجة بكمالها ، وحق الملك للمدعي في المدعى به يمنع صحة بيع المدعى عليه صيانة لحق المدعي ، فالمدعي إنما أقر ببيع باطل ، والقاضي علم بيعًا باطلًا ، فلا يصلح ذلك دافعًا لخصومة المدعي إما بإقامة الشاهد الواحد ، كما لم يثبت حقيقة الملك للمدعي لم يثبت حق الملك لنقصان في الحجة ، فكان تصرف المدعى عليه حاصلًا في خالص ملكه فصح ، فالمدعي أقر ببيع صحيح ، والقاضي علم بيعًا صحيحًا ، فصلح دافعًا لخصومة المدعي .

وقد فرّق في هذه المسألة بين الشاهد الواحد وبين الشاهدين ، وفي مسألة الإقرار التي تقدّم ذكرها ، وهو ما إذا ادعى رجل دارًا في يدي رجل ، وأقام المدعي شاهدًا واحدًا أو شاهدين ، ولم يقض القاضي بالدار بشهادة الشاهدين ، فأقر المدعى بالدار لرجل آخر ، ثم جاء المدعي بالشاهد الآخر ، أو ظهرت عدالة الشاهدين ، والدار في يد المقر بعد ، فالقاضي يقضي على المقر ، وسوّى بين الشاهدين وبين الشاهد الواحد .

والفرق أن الإقرار إخبار ، وفي الإخبار الأصل أنه إذا تضمن إلحاق الضرر بالغير ، أن يعتبر كذبًا في حق ذلك الغير ؛ والإقرار بعد الشاهد الواحد تضمن إلحاق الضرر بالمدعي ، فإنه متى صح الإقرار يلزم المدعي إعادة ما أقام من الشاهد الواحد على المقر له ، عسى يمكنه ذلك ، وعسى لا يمكنه ، فاعتبر كذبًا في حق المدعي ، فلم يصح ، فأما البيع وما أشبهه إنشاء تصرف ، وتهمة الكذب لا يتأتى في الإنشاءات ، فلا يمكن رد بيعه من هذا الوجه ، فطلبنا للرد وجهًا آخر ، فقلنا : إذا تضمن تصرف المدعى عليه إبطال ملك ، أو حق ملك ، تؤيدًا مستحقة على الغير يرد ، وما لا فلا ، وبعد إقامة الشاهد الواحد لم يتضمن تصرفه إبطال شيء من ذلك ، فلم يصح .

١٤٧٥٦ - وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله : رجل ادعى دارًا في يدي رجل ، وجحد المدعى عليه ، فسأل الطالب البينة ، فذهب في طلب البينة ، وباع المدعى

عليه الدار ، فالبيع جائز ، وإن كان قد أقام المدعى البينة ، ثم باعها المدعى عليه .

قال محمد رحمه الله : إن قدرت على المشترى أبطلت البيع ، وإن لم أقدر عليه ، وعدلت البينة ، خيرت المدعى ، فإن شاء أخذ من البائع قيمتها ، وإن شاء وقف الأمر ، حتى يقدم به المشترى به .

١٤٧٥٧ - قال : عبد في يدى رجل ، ادعاه رجلان ، كل واحد منهما يقيم البينة أنه عبده ، أودعه الذى هو فى يديه ، وذو اليد يجحد ذلك أو لا يجحد ، ولا يقر ، بل يسكت ، فلم يقض القاضى بشهادة الشهود ؛ لعدم ظهور عدم الشهود ، حتى أقر ذو اليد لأحدهما بعينه أنه عبده أودعنيه ، فإن القاضى يدفع العبد إلى المقر له ؛ لما مر ، فإذا عدلت الشهود(١) ، قضى بالعبد بينهما نصفين .

وكان ينبغى أن يقضى بجميع العبد للذى لم يقر له ذو اليد ؛ لأن المقر له لما صدق ذا اليد فيما أقر ، وأخذ العبد صار العبد ملكا له رقبة ويدًا ، فصار المقر له مع صاحبه بمنزلة الخارج مع ذى اليد إذا أقاما البينة على الملك المطلق ، فيقضى بكل العبد للخارج ، واعتبره بما لو أقر ذو اليد لأحدهما قبل أن يقيما البينة ، ثم أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى ، كان العبد كله للذى لم يقر له ذو اليد ، لما قلنا فههنا كذلك .

والجواب : وهو الفرق بينما قبل إقامة البينة وبينما بعدها أن التزكية لا تجعل البينة حجة ، بل يظهر من ذلك الوقت أن كونها حجة مثبتة للاستحقاق من ذلك الوقت ، فمتى كان الإقرار بعد إقامة البينة ، فعند ظهور العدالة يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فيظهر أن الإقرار كان باطلا لصدوره عن شخص ظهر أنه ليس بمالك ، ومتى بطل الإقرار ، بطل التصديق ضرورة ؛ لأنه مبنى عليه ، فصار وجود الإقرار وعدمه بمنزلة ، فأما إذا كانت الشهادة بعد الإقرار ، فبظهور العدالة لا يظهر الاستحقاق قبل الإقرار ، فلا يتبين بطلان الإقرار ، وإذا لم يبطل الإقرار صار المقر له صاحب يد ، وغير المقر له خارجا ، فيقضى ببينة الخارج .

ولو أقام كل واحد من المدعيين شاهدًا واحدًا على ما ادعاه ، ثم أقر ذو اليد بالعبد لأحدهما يدفع العبد إليه ، ولا يبطل ما أقام كل واحد منهما من الشاهد الواحد ، فإن أقام

---

(١) هكذا فى م و ، وكان فى الأصل : فإذا ظهرت عدالة الشهود .

غير المقر له شاهداً آخر ، قضي بالعبد له ؛ لأن الشاهد الثاني مضاف إلى الشاهد الأول ، فصار أنه أقام شاهدين ، ولم يقم الآخر إلا شاهداً واحداً ، فإن لم يقض له ، حتى جاء المقر له بشاهد آخر ، قضي بالعبد بينهما نصفان ، لأن إقرار المقر ملحق بالعدم فيما يرجع إلى إبطال ما ادّعي من الشهادة .

١٤٧٥٨ - ولو انعدم حقيقة ، وأضاف كل واحد منهما إلى شهادة شاهد آخر ، قضي بينهما ، كذا ههنا ، إلا أن يقول الذي لم يقر له ذو اليد قبل أن يقضي القاضي بالعبد بينهما نصفان ، أنا أعيد شاهدي الأول ، وأقيمها مع الشاهد الآخر على المقر له قبل أن يقضي القاضي بالعبد بينهما ، فحينئذ يقضي بكل العبد له ؛ لأنه حينئذ أبرأ ذا اليد عن الخصومة ، وأبطل ما قام عليه من الشهادة ، وعدم نفاذ إقرار ذي اليد في حق غير المقر له إنما كان نظراً له كيلا يبطل ما أقام من الشهادة ، فإذا رضي به فقد ، ووقع الدعوى بين المقر له ، وهو ذو اليد وبين غير المقر له ، وهو الخارج ، فعند إقامتهما البينة يقضي للخارج .

ولو قال غير المقر له : قد مات شاهدي الأول ، أو غاب ، يُقال له : هات بشاهد آخر على المقر له ، يقضي لك بكل العبد ، لأن شهادة الأول لم تبطل بالموت والغيبة ، فكان موته وغيبته وبقاؤه حيّاً على السواء ، فإذا أقام شاهداً آخر يضم الثاني مع الأول ، فيقضي بالعبد كله له أن يقيم المقر له شاهداً آخر مع الشاهد الأول ، أو يقيم شاهدين مستقلين ، فيكون بينهما فرق بينما لو أقام غير المقر له شاهدين مستقلين على المقر له وبينما لو أقام المقر له شاهدين مستقلين على غير المقر له ، فقال : إذا أقام غير المقر له شاهدين مستقلين ، يقضي بكل العبد له ، وقال : إذا أقام المقر له شاهدين مستقلين ، يقضي بالبينة بينهما .

والفرق بينهما : وهو أن لغير المقر له أن يستأنف الخصومة مع المقر له ، ويبرئ المقر عن الخصومة ؛ لأن ما يدّعيه غير المقر له في يد المقر له ، فإذا أقام شاهدين مستقلين ، فقد أبرأ المقر ، وخاصم المقر له ، فصار المقر له خصماً ، وهو ذو اليد ، وغير المقر له خارج ، فيقضي بالعبد للخارج ، فأما المقر له لا يمكنه أن يجعل الذي ليس بمقر له خصماً ، فيستأنف الخصومة معه ؛ لأنه لا يد لغير المقر له ، فاعتبر إقامة الشاهدين على الخصومة الأولى ، فبقيا خارجين ، فيقضي بالعبد بينهما لهذا

فإن قيل[1]: إن لم يمكن أن يجعل إقامة شاهدين مستقلين من المقر له على سبيل استئناف الخصومة مع المدعي؛ لاستحقاق العبد عليه يمكنه أن يجعل هذا منه دفعًا لما أقام غير المقر له من الشاهد الأول الذي أقامه على المقر كما جعل فيما تقدم، وهو ما إذا ادعى رجل على ذي اليد الشراء منه، وأقام البينة على ذلك، وادعى ذو اليد أنه لفلان أودعه، فقبل أن يقضي القاضي ببينته مدعي الشراء حضر فلان، وأقام بينة أنه له أودعه من ذي اليد حيث بطل به بينة مدعي الشراء[2]، فهنا كذلك.

والجواب ثمة أمكن قبول بينته على إبطال بينة مدعي الشراء؛ لأن المقر ببينته يثبت أن مدعي الشراء أقام البينة على مودع، وهو غائب. وبينة المدعي على المودع حال غيبة المودع باطلة؛ فأمكن قبول بينته لإبطال بينة المدعي، أما في مسألتنا لا يمكن قبول بينة المقر له على إبطال ما أقام على المقر له من الشاهدين؛ لأن أكثر ما في الباب أنه يثبت أن غير المقر له أقام البينة على المودع، لكن المقر له حاضر، وبينة المدعي على المقر حال حضرة المودع مقبولة، وبهذا افترقا.

١٤٧٥٩ - عبد في يد رجل أقام رجلان، كل واحد منهما البينة على أنه عبده أودعه إياه، وذو اليد يجحد أو ساكت، فقضى بالعبد بينهما نصفان، ثم إن أحدهما أقام على صاحبه تلك البينة أو غيرهما أن العبد عبده، لم ينتفع بتلك البينة، ولا يقضى له على صاحبه بتلك البينة بشيء؛ لأن كل واحد منهما صار مقضيًا عليه في النصف الذي قضى به لصاحبه؛ لأنه ببينته يستحق الكل، ولولا بينة صاحبه لقضى له بكل العبد، فإنما حرم كل واحد من النصف[3] ببينة صاحبه، فصار هو مقضيًا عليه في شيء لا يصير مقضيًا له في عين ذلك الشيء[4].

فإن قيل: كيف يجعل كل واحد من المدعيين مقضيًا عليه في النصف الذي لصاحبه، ولم يكن له في النصف ملك قبل القضاء لصاحبه؟

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل: فإن يمكن.

(٢) وكان في الأصل: مدعي الشراء حضر.

(٣) وفي م: من النصف.

(٤) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: في غير ذلك الشيء.

الفصل الثلاثون

في بيان من يشترط حضوره لسماع الخصومة والبينة وحكم القاضي وما يتصل بذلك عليه، وقيام بعض أهل الحق عن البعض في إقامة البينة

١٤٧٦٠ - إذا استحق العبد من يد مشتريه بالملك المطلق، وقضى القاضي بالعبد للمستحق، وقصر يد المشتري عن العبد، ورجع المشتري على بائعه بالثمن، فأقام البائع البينة أن هذا العبد نتج في ملكي من أمتي، وأن القضاء للمستحق وقع باطلاً، وليس لك حق الرجوع علي بالثمن قبلت بينته؛ لأنه بهذه البينة يدفع استحقاق الثمن، فكان خصمًا في إقامتها، وقبلت بينته، وكذلك إذا كان أقام البائع البينة على أن هذا العبد نتج في ملك بائعي من أمته، قبلت بينته إذا أقامها بحضرة المستحق؛ لما قلنا.

فإن قيل: كيف تقبل بينة البائع في هاتين الصورتين، وأن البائع صار مقضيًا عليه بالقضاء، كيف تقبل بينة من تلقى ذو اليد الملك من جهته؟

قلنا: نعم البائع صار مقضيًا عليه، ولكن بالملك المطلق لا بالنتاج، والبائع هاهنا لا يقيم البينة على الملك المطلق، وإنما يقيم البينة على النتاج، والمقضي عليه بجهة إنما تقبل[1] بينته في الجهة التي صار مقضيًا عليه، لا في جهة أخرى. ألا ترى أن من ادعى دابة في يد إنسان ملكًا مطلقًا، وصاحب اليد يدعي النتاج، فلم يجد بينة على النتاج حتى قضي بالدابة للمستحق، ثم وجد صاحب اليد بينة على النتاج، وأقامها، قبلت بينته، وقضي بالدابة له، وإن صار ذو اليد مقضيًا عليه؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالملك لا بالنتاج، فقبلت بينته على النتاج لهذا.

ثم إن محمدًا رحمه الله شرط حضرة المستحق لقبول هذه البينة من البائع، وبعض مشايخنا رحمهم الله أبوا ذلك، وقالوا: ينبغي أن لا يشترط حضرة المستحق، وهكذا حكى شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بفرغانة، وهذا لأن هذه البينة من البائع للدفع

(1) هكذا في ظ، وفي الأصل وم: إنما لا يقبل.

يشترط حضرتهم؛ لأنهم مستأجرون للأراضي، وإن كان البذر من قبل رب الأرض، لا يشترط حضرتهم؛ لأنهم أجراء رب الأرض، وكذلك اختلف المشايخ رحمهم الله في اشتراط حضرة غلة دلو أن نو دعوى سمعها

١٤٧٦٣ - وإذا ادعى رجل نكاح امرأة، ولها زوج ظاهر يشترط حضرة الزوج الظاهر لسماع الدعوى والبينة، وإذا مات الرجل وترك أشياء يمكن نقلها، وعليه دين مستغرق لتركته، وليس له وارث ولا وصي، فالقاضي ينصب[1] له وصيًا لبيع تركته، ولا يشترط إحضار التركة لنصب الوصي، وهل يشترط إحضارها لإثبات التركة؟ فقد قيل: يشترط، وقد قيل: لا يشترط.

وإذا أقام البينة على إفلاس المحبوس، لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين[2]، ولكن إن كان رب الدين حاضرًا أو وكيله حاضرًا، فالقاضي يطلقه بكفيل.

١٤٧٦٤ - ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": رجل قدم رجلا إلى القاضي، وقال: إني زوجت ابنتي من هذا على صداق كذا بأمرها وهي بكر، وأنا أريد صداقها، فإن أقر الزوج بالنكاح والمهر، ولم يدع الدخول بها، فالقاضي يأمر الزوج أن يدفع المهر إلى الأب، ولا يشترط إحضار المرأة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول، وقال زفر رحمه الله: يشترط حضرتها، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرًا، والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن العادة الظاهرة فيما بين الناس أن الزوج يسلم الصداق أولا، ويجهز الولي المرأة بذلك، ثم يسلمها مع جهازها إلى الزوج، فصار الزوج راضيًا بتأخير تسليم المرأة، فلا معنى لاشتراط إحضارها.

١٤٧٦٥ - ولو ادعى رجل على صغير شيئًا، وله وصي حاضر، يريد به الصغير المحجور عليه، لا يشترط حضرة الصغير، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب القسمة، ولم يفصل بينما إذا كان المدعى به دينًا أو عينًا، وجب اليمين بمباشرة هذا الوصي، أو وجب لا بمباشرته، وذكر الناطفي في أجناسه: إذا كان الدين واجبًا بمباشرة هذا الوصي، لا يشترط إحضار الصغير.

---

(١) وفي الأصل: ينتصب.

(٢) وكان في نسخة ط: للدعوى

وفي "أدب القاضي" للخصاف: إذا وقع الدعوى على الصبي المحجور، إن لم يكن للمدعي بينة، لا يكون له حق إحضار الصغير، وإن كان للمدعي بينة، والمدعي يدعي الاستهلاك، فله حق إحضاره؛ لأن الصبي مؤاخذ بأفعاله، والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه، فكان له حق إحضاره، ولكن يحضر معه أبوه حتى إذا لزم الصبي شيء يؤدي عنه أبوه من ماله.

وفي "كتاب الأقضية": أن إحضار الصبي في الدعاوى شرط، وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله من شرط ذلك، سواء كان الصغير مدعيًا أو مدعى عليه، ومنهم من أبى ذلك.

وإذا لم يكن للصبي وصي، فطلب المدعي من القاضي أن ينصب عنه وصيًا، أجابه القاضي إلى ذلك، ويشترط حضرة الصغير عند نصب الوصي للإشارة إليه، هكذا ذكر في الفتاوى.

وفي "كتاب الأقضية": ومن مشايخ زماننا رحمهم الله من أبى ذلك، وقال: لو كان الصبي في المهد، أيشترط إحضار المهد؟ لأن اشتراطه بعيد، وقال: ألا ترى أنه لو وقع الدعوى على امرأة مخدرة، أو على مريض، لا يشترط إحضارهما، والصبي أعذر، والأول أقرب إلى الصواب، وأشبه بالفقه؛ لأن المعنى الذي لأجله شرط حضرة البالغ إذا كان مدّعيًا أو مدعى عليه، وهو قطع الشبهة، والتهمة بالإشارة، وذلك المعنى موجود في حق الصبي، ولا يبعد إحضار المهد إذا دعت الحاجة إليه، وحيث إذا وقع الدعوى على مريض، أو امرأة مخدرة، فقد ذكرنا قبل هذا أن القاضي يبعث أمينًا من أمنائه مع شاهدين يشهدان على إقرارهما أو بكولهما، فإذا أقرا، أو نكلا أمرهما الأمين أن يوكلا وكيلًا، ويكون توكيلهما بمحضر من الأمين بمنزلة توكلهما بمحضر من القاضي، فتنقطع الشبهة والتهمة على أن ثمة ضرورة، وهو إبقاء الستر على المرأة، وصيانة المريض عن ضرر زائد يلحقه بسبب الحضور مجلس الحكم، ولا ضرورة في الصبي حتى لو انعدمت الضرورة ثمة أيضًا، بأن كانت برزة تخالط الرجال، ولا يلحق المريض ضرر زائد بالحضور مجلس الحكم يشترط إحضارهما أيضًا.

وفي المأذون الكبير العبد المأذون إذا لحقه دين التجارة، وطلب الغرماء من القاضي

بيع العبد، فالقاضي لا يبيع العبد إلا بحضرة المولى، فرق بين رقبة العبد وبين كسبه، فإن كسب العبد يباع وإن لم يكن المولى حاضراً.

والفرق: أن الخصم في رقبة العبد المأذون المولى دون العبد، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في رقبة العبد، كان الخصم هو المولى، فيشترط حضرة المولى، أو حضرة نائبه لبيع[1] العبد لهذا، فأما الخصم في كسب العبد هو العبد دون المولى، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان في كسبه حقاً، فالخصم في ذلك هو العبد، ولما كان الخصم في اكتساب العبد هو العبد يشترط حضرة العبد.

١٤٧٦٦ - وفيه أيضاً: إذا شهد شاهدان على العبد المأذون بغصب اغتصبه، أو بوديعة استهلكها أو جحدها، أو شهدوا عليه بإقراره بذلك، أو شهدوا عليه ببيع، أو شراء، أو بإجارة، وأنكر العبد ذلك، ومولاه غائب، قبلت شهادتهما، ولا يشترط حضرة المولى؛ لأنهم شهدوا على المأذون بضمان التجارة؛ لأن ما يجب بالأسباب التي شهد به الشهود ضمان التجارة، والخصم في ضمان التجارة المأذون.

ولو كان مكان العبد المأذون عبداً محجوراً عليه إذا شهد عليه شاهدان باستهلاك مال أو غصب اغتصبه، وجحد العبد ذلك، لا تقبل هذه الشهادة إلا بحضرة المولى؛ لأن العبد المحجور فيما يدعى عليه من استهلاك المال ليس بخصم.

وقول محمد رحمه الله في هذه المسألة: إن الشهادة لا تقبل، معناه أنها لا تقبل على المولى حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد، أما تقبل الشهادة على العبد، ويقضي القاضي عليه، حتى يؤاخذ به بعد العتق. هكذا ذكر شيخ الإسلام رحمه الله في شرح المأذون، وهذا لأن المدعي ادّعى على العبد الاستهلاك، ووجوب الدين في ذمته، وادعى على المولى بيع العبد بالدين، فإن تعذر القضاء على المولى لغيبته أمكن القضاء على العبد، فيقضي القاضي على العبد حتى إذا أعتق يؤاخذ به.

وإن كان المولى حاضراً مع العبد، فإن كان المدعي ادعى استهلاك مال أو غصبه، فالقاضي يقضي على المولى، وإن ادعى استهلاك وديعة، أو استهلاك بضاعة على العبد المحجور، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: القاضي لا يسمع هذه البينة على

---

(١) وكذا في الأصل: لبيع.

أو شرب خمر أو زنا، ففيما عدا القتل لا تقبل الشهادة، سواء كان الآذن حاضراً أو غائباً، وفيما إذا شهدوا بالقتل الخطأ إن كان الآذن حاضراً، تقبل الشهادة، ويقضى بالدية على العاقلة، وإن كان الآذن غائباً، لا تقبل الشهادة؛ لأن القتل غير داخل تحت الإذن؛ لأن الداخل تحت الإذن التجارة، والقتل ليس بتجارة، وما لم يدخل تحت الإذن، فالحال فيه بعد الإذن، والحال فيه قبله سواء، وقبل الإذن لو قامت البينة، وقضى بالدية على العاقلة، وإن كان غائباً لا تقبل، فكذا بعد الإذن.

وإن شهدوا على إقرار الصبي والمعتوه ببعض ما ذكره، لا تقبل الشهادة، سواء كان الآذن حاضراً أو غائباً، وإن شهدوا على عبد مأذون له بسرقة عشرة دراهم أو أكثر، وهو يجحد، فإن كان مولاه حاضراً قطع عندهم جميعاً، وهل يضمن السرقة إن كان استهلكها لا يضمن، وإن كانت قائمة ردها على المسروق منه، وإن كان المولى غائباً، لا يقطع العبد عند أبي حنيفة ومحمد، ويضمن السرقة؛ لأن الخصم في القطع المولى والعبد، والخصم في المال العبد، عند أبي يوسف رحمه الله: يقضى بالقطع؛ لأن الخصم حق القطع العبد لا غير، والعبد حاضر، وإن كان الشهود شهدوا بسرقة أقل من عشرة دراهم، قضى القاضي بالمال، ولا يقضى بالقطع، سواء كان المولى حاضراً أو غائباً.

وإن كان الشهود شهدوا على إقرار المأذون بسرقة عشرة دراهم، والمولى غائب، فالقاضي يقضي بالمال على العبد، ولا يقضي بالقطع في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضي بالقطع.

١٤٧٦٨- ولو شهدوا على عبد محجور بسرقة عشرة دراهم أو أكثر، فإن كان المولى غائباً، فالقاضي لا يقضي عليه بشيء، لا بالقطع، ولا بالمال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله [وعند أبي يوسف[1] رحمه الله: يقطع] لأن الخصم في حق القطع العبد لا غير، والعبد حاضر، وإن كان الشهود شهدوا على إقرار العبد المحجور بالسرقة، فالقاضي لا يقبل هذه البينة أصلاً إن كان المولى غائباً، وإن كان حاضراً لا يسمع البينة على المولى حتى لا يقطع العبد، ولا يؤاخذ المولى ببيعه لأجل المال، ولكن

---

(١) ما بين المعقوفين موجود في ظ فقط.

الفصل الحادي والثلاثون
في نصب الوصي والقيّم وإثبات الوصاية عند القاضي

١٤٧٧٠ - وإذا ترك الرجل مالاً في البلدة التي فيها، وورثته في بلدة أخرى، فادعى عليه قوم حقوقًا وأموالاً، هل ينصب القاضي عن الميت وصيًا ليثبت الغرماء الديون والحقوق على الميت؟

ذكر الخصّاف رحمه الله في "أدب القاضي": أن هذه البلدة إن كانت منقطعة عن تلك البلدة، ولا تذهب العير منها إلى ثمّة، ولا يأتي[1]، كان للقاضي أن ينصب وصيًا [في ماله[2]].

١٤٧٧١ - وذكر الخصّاف رحمه الله في نفقاته في باب نفقة المرأة: إذا مات الرجل، ولم يوص إلى أحد، وله أولاد صغار وكبار، فالقاضي ينصب وصيًا في ماله، قال شمس الأئمة الحلواني: وللقاضي أن ينصب الوصي في مال الميت في ثلاثة مواضع: أحدها: أن يكون على الميت دين؛ أو تكون الورثة صغارًا، أو يكون الميت أوصى بوصايا، فينصب وصيًا لينفذ وصاياه، فإنما ينصب القاضي الوصي في هذه المواضع، وفيما عداها فلا. وما ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي" لا يخالف ما ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله؛ لأن المراد بما ذكره شمس الأئمة رحمه الله نصب الوصي لقضاء الدين، والمراد بما ذكر الخصّاف رحمه الله نصب الوصي لإثبات الدين.

١٤٧٧٢ - وإذا هلك الرجل، وترك عروضًا وعقارًا، وعليه ديون، وله ورثة كبار، فامتنعت الورثة عن قضاء الدين، وعن بيع التركة، وقالوا لرب الدين: سلمنا التركة إليك وأنت أعلم، فالقاضي هل ينصب وصيًا للميت؟ فقد قيل: ينصب، وقد

(١) هكذا في متن ظ وم، وزاد في حاشية ظ: ولا يأتي كتاب كان للقاضي، وكذا في الأصل - ولا يأتي ثمة كان للقاضي.

(٢) زيد من م.

قيل: لا ينصب، ويأمر الورثة بالبيع، فإن أبوا حبسهم حتى يبيعوا، وهذا القائل يقيس هذا على العدل في باب الرهن إذا كان مسلّطًا على البيع، وأبى البيع، فالقاضي يجبره على البيع بالحبس؛ لأنه امتنع عن إيفاء ما هو مستحق عليه، كذا هنا، فإذا حبسه القاضي، ولم يبع الآن، يبيع بنفسه، أو ينصب وصيًا للميت ليبيع الوصي إيفاء لصاحب الدين بقدر الممكن.

وسئل شمس الإسلام[1] الأوزجندي رحمه الله عمّن مات، ولم يترك شيئًا وعليه دين، فأراد الغريم إثبات دينه، قال ذلك، يقيم البينة على الورثة إن كان له ورثة، وكانوا حضورًا، وإن لم يكن له ورثة، أو كانوا غُيّبًا، فالقاضي ينصب له وصيًا حتى يثبت الدين عليه، وهذا الجواب يخالف ما ذكره الخصّاف رحمه الله في المسألة المتقدمة.

١٤٧٧٣- وإذا نصب القاضي وصيًا في تركة الأيتام[2]، والأيتام في ولايته، ولم تكن التركة في ولايته، أو كانت التركة في ولايته، والأيتام لم يكونوا في ولايته، أو كان بعض التركة في ولايته، والبعض لم تكن في ولايته، حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله أنه قال: يصح النصب على كل حال، ويعتبر التظالم والاستعداء[3]، ويصير الوصي وصيًا في جميع التركة أينما كانت التركة، وقال القاضي الإمام علي السعدي رحمه الله: ما كان من التركة في ولايته يصير وصيًا فيه، وما لا فلا، وقيل أيضًا شرط صحة النصب كون اليتيم في ولايته، ولا يشترط كون التركة في ولايته.

١٤٧٧٤- وإذا نصب القاضي متوليًا في وقف، ولم يكن الوقف والموقوف عليه في ولايته، قال شمس الأئمة [الحلواني[4]] رحمه الله: هذا إذا رفعت المطالبة في مجلسه صح النصب، وقال ركن الإسلام رحمه الله: لا يصح، وإن كان الموقوف عليهم في ولايته، بأن كانوا طلبة العلم، أو أهل قرية، أو أهل بلدة، أو أناسًا معدودين، أو كان

---

(١) هكذا في م وظ، وكان في الأصل: شمس الأئمة.

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: في تركة إنسان.

(٣) وكان في الأصل: الاستعداد.

(٤) هكذا في الأصل.

بدفع المال إليه حتى تثبت وصايته بالبينة .

١٤٧٨٠ - وذكر الخصّاف رحمه الله في "أدب القاضي" : رجل ادّعى أن فلانًا مات، وأنه كان أوصى إليه بقبض دينه الذي له على هذا الرجل، والعين الذي في يديه، وصدّقه المدعى عليه في جميع ذلك، أمر بتسليم الدين والعين إليه، وفرّق بين الوصي والوكيل على ظاهر الرواية، والفرق أن للقاضي ولاية نصب الوصي عن الميت، وأمر المديون، والمودع بقضاء الدين، وتسليم الوديعة إليه من غير إقرارهما، فلا يكون الأمر بالتسليم في هذه الصورة بحكم إقرارهما ليقال: بأن إقراره في حق العين صادف ملك الغير، أما ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب، وأمر المودع والمديون بقضاء الدين، وتسليم الوديعة إليه، فكان الأمر بالتسليم بحكم إقرار المدعى عليه، وإقراره في حق العين صادف ملك الغير، فلهذا افترقا.

وفي "الجامع الكبير": أن على قول محمد رحمه الله أولا يؤمر المدعى عليه بتسليم الدين إلى الوصي دون العين، كما في الوكالة، ثم رجع، وقال: لا يؤمر بتسليم الدين إليه، ولا بتسليم العين، فما ذكر في "الأقضية" يوافق قول محمد رحمه الله أخيرًا على ما ذكر في "الجامع"، فعلى هذا القول يحتاج إلى الفرق بين الوكالة وبين الوصاية في الدين.

والفرق وهو أن الوصاية لا تثبت إلا بعد موت الموصي، فلو قضينا بإقراره، وأمرنا بتسليم الدين إليه، فقد حكمنا بموت الموصي، ويتعلق بالموت أحكام متعدية إلى الميت من عتق أمهات أولاده وغير ذلك، فيؤدي إلى إثبات تلك الأحكام، وبإقرار رجوع الموكل على المديون إذا حضر، وجحد الوكالة، وهذا الحكم غير ثابت، فإن صاحب الدين إذا حضر، وجحد الوكالة، كان له أن يرجع على المديون، فالعمل بإقراره لا يؤدي إلى إثبات أحكام متعدية إلى الغير، فلهذا افترقا.

١٤٧٨١ - ولو كان الغريم أقر بالموت، وأنكر الوصاية والمال، كلّف المدعي إقامة البينة على الوصاية أولاً؛ لأن دعوى المال إنما يسمع من الخصم، وإنما ينتصب هذا المدعي خصمًا بإثبات الوصاية، فإذا ثبت الوصاية بالبينة، حينئذ يقيم البينة على المال، وكذلك إذا أنكر جميع ذلك، كلّف الوصي إقامة البينة على الوصاية والموت جميعًا،

لينتصب خصماً، فإذا أقامها حينئذ يسمع البينة منه على المال، ولو أقام البينة أولاً على المال، ثم أقام البينة على الوصاية، لا تقبل بينته على المال لا مرة، ويؤمر بإعادتها؛ لأنها قامت من غير خصم؛ لأنه لم يثبت كونه خصماً في تلك الحالة.

وإن كان الشهود على الوصاية والموت فريقاً واحداً، فأقام بينة على ذلك كله جملة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل بينته على المال، ويؤمر بإعادتها، وقال أبو يوسف رحمه الله: تقبل بينته عليهما، ولا يؤمر بالإعادة. ولكن إذا آل الأمر إلى القضاء، فالقاضي يقضي بالوصاية أولاً، ثم بالمال، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله.

وفي موضع آخر: إن القاضي لا يقبل البينة على المال عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد تقبل، قال ثمة: وقول أبي يوسف مضطرب على نحو ما ذكرنا في الوصاية.

وإن أقر بالوصاية والموت، فأنكر المال، ولم يكن للمدعي بينة، فطلب من القاضي أن يحلفه على المال، أجابه القاضي إليه، وإن أقر بالمال والموت، وأنكر الوصاية، كان للقاضي أن ينصب وصياً، ولو لم ينصب ليس له أن يستحلفه؛ لأنه لم يصر خصماً بعد. وإن أقر بالوصاية والمال، وأنكر الموت، هل يستحلف عليه؟ فالجواب فيه نظير الجواب في الوارث قبل هذا.

١٤٧٨٢ - ولو كان المدعى عليه أقر بالمال، وأنكر الوصاية والموت، وأقام المدعي البينة عليهما، وقضى القاضي بالوصاية وبالموت بالشرائط التي ذكرنا، وأراد أن يكتب بذلك كتاباً يكتب: هذا كتاب أشهد عليه القاضي فلان ابن فلان إلى قوله: حضرني في يوم كذا من شهر كذا، في سنة كذا فلان ابن فلان، وثبتت معرفته عندي باسمه ونسبه ووجهه، وذكر أنه حضر معه فلاناً أثبت معرفة المدعى[١] بالاسم والنسب، أو لم يثبت[٢] معرفة المدعى عليه بالاسم والنسب؛ لأن المدعى عليه حاضر مشار إليه يلزمه ما أقر به، ثم يكتب. فذكر المدعي هذا الذي حضر أن أخاه فلان ابن فلان ينسبه إلى أبيه وجده عند أبي حنيفة رحمه الله توفي وترك من الورثة أباه فلاناً، وأمه فلانة، ومن البنين فلاناً

---

(١) لعله: المدعى عليه.

(٢) وكان في الأصل: إذا لم يثبت وفي م: ولم يثبت.

وفلانًا، ومن البنات فلانة وفلانة لا وارث غيرهم، إنما يذكر الورثة؛ لأن التركة بعد الموت صارت حقًا وملكًا للورثة، فهو يدعي دينًا على غيره لهم، فلا بد من بيان مستحقه.

ثم ذكر أنه أوصى إليه في صحة عقله[1]، وجواز أمره لا بد من ذكر صحة العقل، وجواز الأمر؛ لأن الإيصاء تصرف قولي، والتصرفات القولية لا تتحقق إلا ممن له عقل، ولا يعتبر شرعًا إلا ممن هو جائز الأمر.

فأما ذكر صحة البدن غير محتاج إليه؛ لأن الإيصاء يصح في المرض، كما يصح في الصحة، ثم ذكر في جميع تركته، وما تخلف بعده من قليل وكثير إنما قال في جميع تركته احترازًا عن قول محمد رحمه الله، فإن عنده الوصاية تقبل التخصيص.

ثم ذكر: وقبل وصيته إليه، وتولى القيام بذلك؛ لأن الوصاية تمامها بالقبول، فلا بد من القبول ليعلم أنها تمت.

ثم ذكر: وإن لأخيه فلان الميت على فلان ابن فلان هذا الذي أحضره معه كذا درهمًا وزن سبعة حالًا، إنما يذكر حلول الدين؛ لأنه إنما ينتصب خصمًا باعتبار حق المطالبة إياه، وذلك إذا كان الدين حالًا، أما إذا كان مؤجلًا لا يثبت له حق المطالبة، فلا تسمع دعواه، ولا بينة على الوصاية.

ثم ذكر: وأن له البينة على ما ادّعى، ولم يبدأ بجواب المدعى عليه؛ لأنه وإن أقر بالوصاية، فإنها لا تثبت بإقراره على رواية كتاب الأقضية، وهو قول محمد رحمه الله حتى لا يبرأ عن الدين بالدفع إليه؛ ولأن الجواب إنما يستحق بعد دعوى الخصم، وإنما يعرف كونه خصمًا بإثبات الوصاية.

ثم ذكر: وأحضر من الشهود رجلين، فشهدا أن فلان ابن فلان أخا فلان ابن فلان الوصي حضر، وقد عرفه معرفة قديمة باسمه ونسبه ووجهه، إنما ذكر المعرفة ليعلم أنهم إنما شهدوا بالمعلوم معروف عندهم، فالقضاء بالدين والوصاية تقع للميت، فلا بد من معرفتهم ليمكنهم الشهادة بذلك الاسم والنسب بعد الموت.

ثم ذكر: وتوفي وترك من الورثة أباه فلان ابن فلان، وأمه فلانة بنت فلان،

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل «م» عقله وبدنه.

وابنتين يقال لهما : فلانة وفلانة ، وابنين يقال لهما : فلان وفلان ، وامرأة اسمها فلانة بنت فلان ، ولم تحضر ، ولا يعرفان له وارثًا غيرهم ، فعرف القاضي هذين الشاهدين بالعدالة والرضاء ، فقبل شهادتهما فيما شهدا به . وشهد أحد هذين الشاهدين ، وشهد آخر ، فشهدا جميعًا أن فلان ابن فلان أشهدهم في صحة عقله وبدنه ، وجواز أمره أنه جعل أخاه فلان ابن فلان الذي حضر ، وهو حاضر في مجلس الإشهاد وصيه بعد وفاته في جميع ما يخلف[1] ، فقبل فلان الذي حضر وصيته إليه ، وإنما ذكر وصيته بعد وفاته ، وإن كان ينصرف مطلق لفظ الإيصاء إلى ما بعد الموت ، ولكن لو قيّده بحال حياته ، بأن قال : أنت وصيّي في حياتي ، كان توكيلا ، فذكر بعد وفاته ليعلم أنه لم يُرد به التوكيل ، بل أراد به كونه وصيًا بعد الموت .

ثم ذكر : فعرف هذا القاضي هذين الشاهدين بالعدالة والرضاء في الشهادة ، وإنما قيّد في الشهادة لأن يجوز أن يكون مرضيًا ، ولا تقبل شهادته لمكان غفلته .

قال الحسن البصري رحمه الله : من الناس من أرجو شفاعته ، ولا أقبل شهادته ، ثم ذكر فسأل القاضي فلان ابن فلان ، يعني المدعى عليه عما ادّعي عليه فلان ابن فلان لأخيه فلان من الدراهم الموصوفة فيه .

أما سؤال المدعى عليه عما ادعى عليه فلان ؛ لأنه لما ثبت الوصاية وثبت موت الموصي بهاتين الشهادتين توجهت الخصومة عليه ؛ لأنه ظهر أن الدعوى صدر عن الخصم ، فيلزمه الجواب ، فيسأله عن ذلك ، وأما لأخيه ؛ لأنه قد ثبت الموت والوصاية ، وعدة ورثته بهاتين الشهادتين ، فلا حاجة إلى السؤال عن ذلك إنما الحاجة إلى السؤال عن الدين الذي يطالب بها المدعي ، وإنما يطالب لأجل الميت ، فلهذا قال : لأخيه فلان ابن فلان .

ثم ذكر : فأقر عنده ، يعني المدعى عليه أن لفلان ابن فلان أخي هذا الذي حضر عليه كذا وكذا درهمًا وزن سبعة نقد كذا حالة ، فيسأل فلان الذي حضر ، يعني المدعي القاضي إنفاذ القضاء بما ثبت عنده من وفاة أخيه وعدّة ورثته ووصيته إليه ، وإلزام فلان يعني المدعى عليه ما أقر به عنده لفلان ابن فلان من الدراهم الموصوفة فيه ، والقضاء

---

[1] وفي الأصل وم : يخلف .

بذلك كله عليه، ويأمر بدفعها إليه، فإنه[1] خصم، وثبت وصايته بالبينة، وصار القضاء بالمال مستحقاً عليه، إلا أن القاضي إنما يقضي ويلزم المدعى عليه ما أقر به عنده بطلب الخصم، فذكر سؤال المدعي لهذا.

ثم ذكر: وأنفذ القاضي فلان ابن فلان القضاء بوفاة فلان أخي هذا المدعي الذي حضر وعدد ورثته فلان يكتب جميعهم، ثم يكتب على ما اجتمع عليه الشاهدان اللذان شهدا بذلك عنده في شهادتهم، وأنفذ القاضي فلان ابن فلان أيضاً إنفاذ القضاء بوصية فلان بن فلان إلى أخيه فلان في جميع تركته، وقبوله هذه الوصاية بما اجتمع عليه الشاهدان اللذان شهدا بذلك عنده في شهادتهم، وهذا لأن شهود الوصاية لما كان غير شهود الوفاة، وعدة الورثة والقضاء بناء على الشهادة، يذكر القاضي القضاء بما اجتمع عليه كل فريق على حدة ليعلم أن القضاء وقع بأي شهادة.

ثم قال: وذلك بعد أن انتهت إليه عدالته وأمانته، وأنه موضع لذلك؛ لأن القاضي لو عرف فسقه أو خيانته[2]، لا يقضي بوصايته، فيذكر ذلك ليعلم أن قضاءه وقع في محله.

ثم ذكروا: أنه أمره أن يقوم في جميع تركة أخيه فلان ابن فلان مقام الوصي فيما يجب في ذلك لله عليه، وألزم القاضي فلان ابن فلان الذي حضر يعني المدعى عليه ما أقر به عنده لفلان ابن فلان من الدراهم الموصوفة فيه، وقضى بذلك كله عليه، وأمره بدفعها إلى فلان ابن فلان الذي حضر وصي أخيه فلان، وهذا لأن المال قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت فيكون الدين للميت أضاف الدين إليه، ولكن إذا آل الأمر بالدفع، يأمر القاضي بدفعها إلى الوصي؛ لأنه قائم مقام الميت في قبض حقوقه.

ثم يذكر: وأنفذ ذلك كله، وقضى به على ما سمّي، ووصف في هذا الكتاب بمحضر من فلان وفلان يومئذ قاضي عبد الله فلان أمير المؤمنين على مدينة كذا.

ثم يكتب في مجلس قضائه بين الناس في مدينة كذا، إنما ذكر ذلك؛ لأن الشهادة على الحكم إنما تصح من القاضي، والقضاء لا ينفذ إلا بنفاذ أمر القاضي، فشرط أن

(١) هكذا في ظ، وفي م: وإنما وفي الأصل: وإنما.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: وحنابه.

يذكر أنه قاضي يوم الحكم؛ ليعلم أن النصب وقع صحيحاً، ثم يكتب التاريخ - والله أعلم -.

وليس للقاضي ولاية نصب الأوصياء، ولا ولاية نصب قيّم الأوقاف إذا لم يكن في منشوره ذلك.

١٤٧٨٣- إذا قال القاضي لرجل: جعلتك وكيلاً في تركة فلان، فهو وكيل بالحفظ خاصة إلا أن يكون معه ما يدل على الوكالة، بأن يقول: تبيع وتشتري، فحينئذ يكون وكيلاً تاماً.

ولو قال: جعلتك وصياً في تركة فلان، فهو وصي تامّ؛ وهذا لأن القاضي بمنزلة المالك، ولو قال المالك لرجل: أنت وكيل في مالي، فهو وكيل بالحفظ، ولو قال: أنت وصي في مالي، فهو وصي تام فيه، فكذا إذا قال القاضي: ذلك.

١٤٧٨٤- القاضي إذا خرج إلى القرية، ونصب قيماً في أمور الصبي، أو في وقف، أو في نكاح أيتام، حكي فتوى ظهير الدين رحمه الله أنه يجوز؛ لأنه ليس بقضاء، ولا هو من عمل القضاء، فلا يشترط له المصر، وإنه مشكل عندنا؛ لأن القاضي إنما يفعل ذلك بولاية القضاء، ألا ترى أنه لو لم يؤذن له في ذلك، لا يملك، فكان من جملة القضاء - والله أعلم بالصواب -.

الفصل الثاني والثلاثون

في القضاء على الغائب، والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه وقيام بعض أهل الحق[1] عن البعض في إقامة البينة

١٤٧٨٥ - قال: القضاء على الغائب، وللغائب لا يجوز، إلا إذا كان عنه خصم حاضر، إما قصدي وذلك بتوكيل الغائب إياه، وإما حكمي، وذلك بأن يكون المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، أو شرطًا له على ما ذكر فخر الإسلام رحمه الله، وعند عامة المشايخ أن يكون المدعى على الغائب سببًا لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة، وإليه أشار محمد رحمه الله في الكتب في مواضع، وقد ذكرنا هذا الأصل بتمامه في كتاب النكاح من الفتاوى.

وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وافقوا فخر الإسلام رحمه الله في إثبات الحاضر خصمًا عن الغائب إذا كان المدعى على الغائب شرطًا لثبوت المدعى على الحاضر، وبه كان يفتي شمس الإسلام[2] محمود الأوزجندي رحمه الله، حكى عنه ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

١٤٧٨٦ - وذكر في طلاق الجامع الأصغر: رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم إن امرأة الحالف ادعت على الحالف أن فلانًا طلق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة، لا تقبل بينتها، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة وبوقوع الطلاق.

فإن قيل: أليس أنه لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلانًا دخل الدار، وفلان غائب تقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها؟

(١) هكذا في م، وكان في الأصل و ب: غير البعض.

(٢) وفي م: الأئمة.

فأما ذلك ليس بقضاء على الغائب إذ ليس فيه إبطال حق على الغائب، بخلاف مسألة "الجامع الأصغر"؛ لأن ذلك قضاء على الغائب، لأن فيه إبطال نكاح الغائب.

والحاصل: إن الإنسان إذا أقام البينة على شرط حقه بإثبات فعل على الغائب، فإن لم يكن فيه إبطال حق الغائب، تقبل هذه البينة، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وإن كان فيه إبطال حق الغائب، أفتى بعض المتأخرين أنه تقبل البينة، ويقضى على الحاضر والغائب جميعًا، والأصح أنه لا تقبل هذه البينة، ولا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني رحمه الله.

ومسألة "الجامع الأصغر" تدل على صحة هذا القول، وما يفعله الوكلاء على باب القضاة اليوم من إثبات البيع أو الوقف أو الطلاق على الغائب بجعله شرطًا لوكالة الحاضر.

وصورته: أن يقول زيد مثلاً لجعفر: إن كان عمرو مثلاً باع داره، أو طلق امرأته، أو وقف ضياعه على سبيل كذا، فأنت وكيلي في إثبات حقوقي على الناس، والخصومة فيها، وقبضها، ثم إن جعفرًا أحضر رجلاً لزيد عليه مال، ويدعي أن زيدًا قد وكله بقبض حقوقه على الناس، وإثباتها، والخصومة فيها وكالة معلقة بشرط كذا، وهو بيع عمرو ضياعه من فلان، أو طلاق عمرو امرأته، وإن عمرًا قد كان باع ضياعه، أو طلق امرأته قبل توكيل زيد إياي، وقد صرت وكيلاً من زيد بالخصومة في حقوقها وقبضها، وأن لزيد عليك كذا وكذا، فيقول المدعى عليه: نعم، إن زيدًا قد وكلك على الوجه الذي قلت، إلا أني لا أعلم أن هذا الشرط هل كان، وهل صرت أنت وكيلاً، فيقيم جعفر البينة على بيع عمرو داره أو على طلاق امرأته، فيقضي القاضي بالبيع على عمرو، وبوكالة الحاضر، وهذا فتوى بعض المتأخرين.

١٤٧٨٧ - وذكر في كتاب الحوالة والكفالة: إذا كفل رجل عن رجل بألف درهم، وغاب المكفول عنه، فادعى الكفيل على الطالب أن الألف التي كفلت بها دين فلان من ثمن الخمر، وقال الطالب: لا، بل كان من ثمن عبد، فالقول قول الطالب، فإن أراد الكفيل أن يقيم بينة على الطالب بذلك، لا تقبل بينته، ولا ينتصب الغائب خصمًا له في ذلك، بخلاف ما لو كان المطلوب حاضرًا، وأقام البينة على الطالب على

أن الألف التي تدعي عليّ من ثمن خمر حيث تقبل بينته؛ لأن المطلوب عاقد، فإن المداينة جرت بين الطالب والمطلوب، وأحد المتعاقدين إذا ادّعى فساد العقد، وأنكر صاحبه، كان له الإثبات على صاحبه بالبينة، وأما الكفيل أجنبي عن العقد الذي جرى بين الطالب والمطلوب.

١٤٧٨٨- والأجنبي إذا ادّعى فساد عقد الغير، وأراد إثباته بالبينة، لا تسمع منه؛ لأنه ليس يدعي لنفسه حقاً بدعوى هذا الفساد [لا يصير خصماً من غير العقد الغير][1] فيصير خصماً، فتقبل بينته على دعوى الفساد، فأما الكفيل بدعوى الفساد يدعي[2] لنفسه حقاً، وهو براءة نفسه، عن ضمان الكفالة، فإنه يقول: الألف التي كفلت بها عن الأصيل كان من ثمن خمر، وثمن الخمر لا يصير ديناً للمسلم على المسلم، ومتى لم يكن الدين واجباً على الأصيل، لاتصح الكفالة، فالكفيل بما يدعي من فساد عقد الغير يدعي براءة نفسه عن الكفالة، فكان دعوى الفساد سبباً لثبوت ما يدعيه على الطالب من براءته عن ضمان الكفالة[3].

١٤٧٨٩- والأصل أن من ادّعى حقاً على حاضر بسبب على الغائب، فإنه ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويقوم إنكار الحاضر مقام إنكار الغائب، كما لو ادّعى عيناً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وأنكر ذو اليد، وأقام البينة على الشراء، والملك للغائب، فإنه تقبل بينته، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات الشراء حتى لو حضر الغائب، وأنكر الشراء، لا يكلف إقامة البينة؛ لأنه ادعى حقاً على الحاضر، وهو استحقاق يده بسبب ادّعاه على الغائب إذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغائب دعوى على الغائب، فأما إذا ما يدعي من سبب حقه[4]، فإن الحاضر الذي كان قائماً مقام الغائب من كل وجه، فأما ما كان يدعي من سبب حقه دعوى على الغائب يمكن الإثبات بإنكار الغائب متى حضر، فلمكنه[5] الإثبات بإنكار الذي قام

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن العبارة غير مربوطة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولكن المناسب: وإن كان يدعي لنفسه.

(٣) في ضمان الكفالة إلا أنه يدعي حقا للغائب لا على الغائب.

(٤) من سبب حقه دعوا الغائب من كل وجه.

(٥) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: فأمكنه.

مقامه.

والدليل على الأصل الأول مسألة الشراء، فإن الحاضر انتصب خصمًا في دعوى الشراء عن الغائب؛ لأن الشراء من الغائب سبب لثبوت حقه على الحاضر، وأنه دعوى على الغائب؛ لأنه بالشراء يدعي عليه الاستحقاق، ويمكنه الإثبات على الغائب بإنكاره حتى حضر، فكذا بإنكار ذي اليد الذي قام مقامه، والدليل على الأصل الثاني ما قالوا: فيمن اشترى عبدًا من إنسان شراء فاسدًا، فجاء البائع يريد أن يسترده من المشتري، فقال المشتري: أقررت به لفلان الغائب، ونقض حقك في الاسترداد، وأنكر البائع ذلك، فأقام المشتري البينة على إقرار الغائب، لم تسمع بينته، ولا ينتصب الحاضر، وهو البائع خصمًا عن الغائب؛ لأن ما يدعي من سبب الحق، وهو الإقرار للغائب من كل وجه لا عليه بوجه ما. ولهذا لا يمكنه إثبات ما ادعى على الغائب متى أنكر حضوره، وأنكر بالبينة، وإن كان لو ثبت ذلك للغائب، كان سببًا لثبوت ما يدعي من الحق على الحاضر، وهو انقطاع حقه في الاسترداد.

إذا ثبت هذا فنقول: ما يدعي الكفيل من فساد العقد الذي بين الطالب والمطلوب، وإن كان سببًا لثبوت ما يدعيه على الطالب من براءته عن ضمان الكفالة، إلا أنه ليس بدعوى على الغائب، بل له فإنه يقرّ له ببراءته عن الثمن(١)، وأنه دعوى له من كل وجه، ألا ترى أنه لو حضر المطلوب، وأنكر أن يكون عليه من ثمن خمر، وإنما كان من ثمن عبد لا يمكن للكفيل إثبات ذلك عليه بالبينة، وإذا لم يمكنه إثبات ما ادعى من سبب الحق على الغائب لو حضر وأنكر، فبإنكار الطالب الذي يقوم إنكاره مقام إنكاره أولى، وإذا لم يصح دعوى الكفيل؛ لأن الطالب لم ينتصب خصمًا له، فصار دعوى الكفيل فساد العقد ودعوى أجنبي آخر سواء.

١٤٧٩٠ - قال في «الأقضية»: وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد رحمه الله: رجل ادعى على رجل ألف درهم له ولفلان من ثمن عبد أو ثوب، فجحده وأقام البينة، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب، حتى لو حضر الغائب، كلف إعادة البينة.

---

(١) هكذا في «ب»، وكان في الأصل: «عن البيع».

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضي بنصيب الحاضر والغائب جميعًا، حتى لا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة إذا حضر، قال صاحب «شرح الأقضية»: وذكر بعد هذا ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الظاهر، ومضى عليه عامة الروايات مع أبي حنيفة رحمه الله، وذكر في «المنتقى» قول محمد مع أبي يوسف.

قال في «المنتقى»: وإن كان الألف ميراثًا بينه وبين الغائب، لا يكلف الغائب إعادة البينة إذا حضر بلا خلاف، قال في «المنتقى»: والحاصل أن الدين إذا كان مشتركًا بين رجلين لا بجهة الوراثة بل بجهة أخرى، وأحد الشريكين لا ينتصب خصمًا عن الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان مشتركًا بجهة الإرث ينتصب خصمًا، وعند أبي يوسف رحمه الله ينتصب خصمًا على كل حال.

قال محمد رحمه الله في «المنتقى»: ما قاله أبو حنيفة قياس، وما قاله أبو يوسف استحسان، ومحمد رحمه الله أخذ بالاستحسان كأبي يوسف، وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكر في «المنتقى»: أن الحاضر لا يتمكن من إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب؛ لأن البينة قامت على إثبات دين مشترك بينه وبين الغائب، ولا يتمكن من إثبات حقه في ذلك الدين إلا بإثبات حق الغائب فيه؛ ليكون الدين مشتركًا، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن البينة إنما تقبل على الخصم من الخصم، وهنا لا خصم في حق نصيب الغائب؛ لأن الخصم على طريق الأصالة من الغائب لم يوجد، وأما بطريق النيابة فكذلك؛ لأنه لم يوجد الإنابة من جهته، ولا ينتصب خصمًا باعتبار اتصال حقه بحق الغائب؛ لأن حقه يتميز عن حق الغائب في الجملة، فلم يكن من ضرورة الحكم له الحكم للغائب، فيقتصر القضاء له.

١٤٧٩١ - ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على ما ذكر في «المنتقى»: إذا حضر الغائب، وصدق الحاضر فيما ادعى كان بالخيار، إن شاء شارك القابض فيما قبض، ثم يتبعان المطلوب، وإن شاء اتبع المطلوب، ويأخذ منه نصيبه، وإن لم يحضر الغائب حتى رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإن على قول أبي حنيفة

رضي الله عنه: يبطل حق الغائب، ولا يقضى له بشيء؛ لأن القضاء لم ينفذ في حق الغائب برجوع الشاهدين قبل القضاء؛ لأن رجوع الشاهدين قبل القضاء يمنع القضاء، ولا يعمل هذا الرجوع في حق الحاضر؛ لأنه بعد تمام القضاء له، ثم يشارك الغائب إذا حضر الحاضر فيما قبض؛ لأنهما تصادقا على الشركة بينهما، وأحد الشريكين إذا قبض نصيبه من الدين المشترك، كان للآخر حق المشاركة معه، ثم إذا شاركه، فالحاضر لا يرجع على المطلوب بشيء؛ لأن حق المشاركة إنما ثبت بإقرار الحاضر، وأنه ليس بحجة في حق المطلوب.

قال في "إملاء بشر بن الوليد": قال أبو يوسف رحمه الله: إذا صار الشاهدان بحال لا يجوز القضاء بشهادتهما، بأن عمي أو خرس قبل قدوم الغائب، ثم قدم الغائب، لم يقض له بشيء، وهذا يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة؛ لأنه لو نفذ القضاء له قبل حضوره، لم يبطل باعتراض هذه العوارض في الشهود.

١٤٧٩٢- وإذا ادعى رجل أني وفلان الغائب اشترينا هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم، ونقدناه الثمن، وأقام البينة على ذلك، فعلى قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يقضي للحاضر بنصف الدار، فإذا قدم الغائب كلف بإعادة البينة، وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضي بالدار كلها للحاضر والغائب، ويدفع إلى الحاضر نصف الدار، ويوضع النصف الباقي على يدي رجل ثقة، قال أبو يوسف رحمه الله: ولا أقسمها حتى يحضر الغائب.

قال في "المنتقى": فإن قدم الغائب، وجحد الشراء بطل نصيبه من ذلك، وجاز نصيب الحاضر، وقال: هذا بلا خلاف، وذكر أصل المسألة في "المنتقى" على الخلاف، وذكر هذه المسألة في "المبسوط": وقال: تقبل هذه البينة في حق الحاضر، ولا تقبل في حق الغائب، ولم يذكر فيها خلافاً، وذكر الخصاف المسألة على الخلاف على حسب ما ذكر(١) في "المنتقى"، وذكر بأن على قول أبي يوسف رحمه الله ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه، بعض مشايخنا قالوا: هذا إذا وصل الثمن إلى البائع، كما هو موضوع المسألة، فإن موضوع المسألة أن المدعي قال: ونقدنا الثمن له، أما إذا لم

(١) هكذا في "ظ"، وكذا في الأصل وم: ما ذكره.

يفصل لا ينزع؛ لأنه لو كان حاضراً، وأراد قبض نصيبه قبل إعطاء الثمن، لم يكن له ذلك، فحال غيبته أولى.

وبعضهم قالوا: نقد الثمن يحتاج إليه للدفع إلى المشتري، ونحن لا ندفعه إلى المشتري، بل نضعه على يدي العدل، ويد العدل في الحبس نظير يد البائع، كما أن يد العدل في الرهن نظير يد المرتهن في الحبس.

١٤٧٩٣- قال في "كتاب الأقضية": وإذا ادعى رجل على رجل أنه كان لأبي على هذا الرجل ألف درهم، وقد مات أبي قبل استيفاء شيء منها، وترك من الورثة أنا وابناً آخر، وهو غائب، وأقام البينة، وطلب نصيبه منه، فالقاضي يقضي بنصيب الحاضر والغائب، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة، ولم يحك خلافاً.

١٤٧٩٤- وذكر في ديات "المبسوط": أن أحد الورثة إذا أقام البينة على القصاص على رجل، يثبت ذلك في حق جميع الورثة، حتى لا يكلف بقية الورثة إقامة البينة إذا حضروا عند أبي يوسف ومحمد، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله: يثبت حق الحاضر بهذه البينة، ولا يثبت حق الغائب، حتى يكلف الغائب إذا حضر إعادة البينة.

١٤٧٩٥- وذكر في دعوى "المبسوط": دار في يدي رجل أقام رجل البينة أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثاً له، ولأخيه فلان لا وارث له غيرهما، وأخوه غائب، فإن القاضي يقضي بحصة الحاضر، وينزع نصيبه من يده، ويسلمه إليه، وأما نصيب الغائب، فيترك في يد ذي اليد حتى يحضر الغائب في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كان صاحب اليد منكراً، كما هو موضوع المسألة حتى احتيج إلى إقامة البينة، يخرج نصيب الغائب من يده، ويضعه على يدي عدل.

وإن كان مقراً يترك نصيب الغائب في يده، قالا: وهذا استحسان، فإن ترك نصيب الغائب في يدي ذي اليد، ثم حضر الغائب، هل يكلف إعادة البينة؟ لم يذكر محمد هذا الفصل في كتاب الدعوى، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله، منهم من قال: يكلفه إعادة البينة، كما في مسألة القصاص، ومنهم من قال: لا يكلفه إعادة البينة، وجعل هذه المسألة على الوفاق، وهو الصحيح.

وقيل: مسألة دعوى الدين بالإرث يحتمل أن يكون على الاختلاف أيضاً، كمسألة القصاص، وصاحب "الأقضية" ذكرها مطلقة من غير خلاف، ولكن هذا ليس بصحيح. فقد حكينا آنفاً من "المنتقى": أما على الوفاق، فيحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين الدين الموروث والقصاص الموروث، ويحتاج أيضاً إلى الفرق بين الدين المشترك بجهة الإرث وبين الدين المشترك لا بجهة الإرث.

أما الفرق بين الدين الموروث وبين القصاص أن في فصل الدين الوارث يثبت الدين لمورثه؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، على ما عرف في موضعه، فالدعوى تقع للمورث، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في جميع ما يدعى للميت، أو ما يدعى عليه، فثبت بدعواه وبينته جميع الدين للورثة، فلا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة. ولأجل هذا المعنى قلنا: إن الصحيح في مسألة العقار أن الغائب لا يكلف إعادة البينة على قول أبي حنيفة رحمه الله، وأما في فصل القصاص فالوارث لا يثبت القصاص للمورث؛ لأن ملك القصاص ملك استيفاء، فيستحيل ثبوته لمن لا يقدر على الاستيفاء، وإنما يثبت القصاص للورثة ابتداء، وأحد الورثة لا ينتصب خصماً عن باقي الورثة فيما يثبت لهم ابتداء.

وأما الفرق بين الدين المشترك بجهة الإرث وبين الدين المشترك لا بجهة الإرث أن في الدين المشترك بجهة الإرث الوارث يثبت الدين للمورث، وهو خصم عن المورث في جميع ما يثبته له، فأما في الدين المشترك لا بجهة الإرث، يثبت الملك لهما ابتداء، وأحد الشريكين ليس بخصم عن الآخر في إثبات ذلك له.

١٤٧٩٦- ومن جنس هذه المسائل مسألة الهبة، وصورتها: رجل ادعى على رجل أنه وهب له، ولفلان الغائب هذا، وسلمها إليهما، فإن كان الموهوب شيئاً لا يحتمل القسمة، صحت هذه الدعوى، وقبلت بينته في حق الحاضر دون الغائب عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعلى قول أبي يوسف: تقبل بينته في حق الغائب أيضاً، كما في الشراء، وإذا كان الموهوب شيئاً يحتمل القسمة، بأن كانت داراً، لم تصح هذه الدعوى عند أبي حنيفة؛ لأن عنده هبة الدار من الرجلين فاسدة، وعندهما هبة العقار من رجلين صحيحة، فيصح هذه الدعوى.

١٤٧٩٧ - ومن جنس هذا مسألة الرهن، وصورتها: رجل ادّعى على رجل أنه وفلان الغائب ارتهنا من هذا الرجل الدار التي في يديه بدَين لهما عليه، ثم إنه استولى غصبًا، وأقام على ذلك بينة، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا تقبل هذه البينة؛ لأن عنده إنما تقبل البينة في نصيب الحاضر لا غير، وذلك متعذر ههنا؛ لأنه يصير رهن المشاع، ورهن المشاع لا يجوز، ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه على السواء.

١٤٧٩٨ - ومن هذا الجنس مسألة الوصية، وصورتها: رجل مات وأوصى بوصايا شتى لأناس مختلفين في كتاب وصيته، فحضر واحد منهم، وقدم بعض الورثة، وأقام البينة على الوصية، فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه: يقضي بنصيب الحاضر دون الغائب، وعلى قول أبي يوسف: يقضي بجميع الوصية، حتى إذا حضر الغائب، لا يكلف إعادة البينة ثانيًا.

١٤٧٩٩ - ذكر في "كتاب الأقضية" عن أبي يوسف رحمه الله: لو أن رجلًا ادّعى على رجلين مالًا في صك، وأحدهما حاضر يجحد، والآخر غائب، وأقام على ذلك بينة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: أقضي بالمال على الشاهد والغائب جميعًا.

قال الشيخ أبو بكر الرازي الكبير رحمه الله: هذا الجواب على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه لا يستقيم؛ لأن الحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب عنده في جنس هذه المسائل.

قال المصنف: ورأيت في "المنتقى" عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: أقضي على الحاضر بنصف المال، وقال أبو يوسف رحمه الله: أقضي على الحاضر والغائب بجميع المال.

واعلم بأن محمدًا رحمه الله ذكر هذه المسائل في "المبسوط"، وأجاب في الكل على نمط واحد أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه القضاء على الحاضر، والحاضر يقتصر عليه، وصاحب "الأقضية" ذكر في بعض هذه المسائل: أن على قول أبي حنيفة رحمه الله: يقتصر القضاء على الحاضر، وذكر في بعضها أنه يتعدى القضاء إلى الغائب.

وتارة ذكر قول أبي يوسف رحمه الله مثل قول أبي حنيفة، وتارة ذكر قوله،

بخلاف قول أبي حنيفة، وتارة ذكر قول محمد مع قول أبي حنيفة، وتارة ذكر قول محمد مع أبي يوسف رحمهما الله، بخلاف قول أبي حنيفة، فكان عن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في الفصول كلها، وكذلك عن أبي يوسف روايتان، وكذلك عن محمد رحمه الله روايتان.

وأما الفرق فلا وجه له؛ قال: وكذلك لو كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، أو كان الحاضر كفيلاً عن الغائب؛ أو كان الأصيل[1] على الحاضر، والغائب كفيل عنه، فهذا كله سواء، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، هكذا ذكر في "الأقضية".

قال الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله: إن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه بأمره، فالجواب كما ذكر في الكتاب، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب؛ لأن المال الذي يدعيه على الكفيل عين ما ثبت على المكفول عنه؛ لأنه يثبت حق الرجوع بذلك، فيكون خصماً عن الغائب في إثبات الدين عليه، ألا ترى أن من ادعى عبداً في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، فإن الحاضر خصم عنه؛ لأن ما يدعيه على الغائب غير ما يدعيه على الحاضر، فكذلك ههنا، فتقبل بينته على الحاضر، ويقضي عليه بالألف، النصف عليه بالأصالة، والنصف بالكفالة عن صاحبه، فأما إذا كان كل واحد منهما كفيلاً لصاحبه بغير أمر صاحبه، فالحاضر لا ينتصب خصماً عن الغائب؛ لأن ما يدعي على الكفيل الحاضر ليس بسبب ما يدعي على الغائب، ألا ترى أنه لا يرجع به على الغائب، فلم ينتصب الحاضر خصماً عنه.

وقوله: أو كان الأصيل على الحاضر والغائب كفيل عنه، فيه نظر؛ لأنه يجوز أن يكون المال على الأصيل دون الكفيل، كما قبل الكفالة، بخلاف ما إذا كان الأصيل على الغائب، والحاضر كفيل عنه؛ لأنه لا يجوز أن يكون المال على الكفيل دون الأصيل، فكان من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله من هذا الجنس مسألة الكفالة، وصورتها: رجل باع عبداً من رجلين بألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب: الأصيل.

صاحبه ، ثم إن البائع لقي أحد الرجلين ، وأقام عليه البينة أن له على هذا ، وعلى فلان الغائب ألف درهم ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بأمره ، فإنه يقضي له على الحاضر بألف درهم ، فإن حضر الغائب لم يكن له أن يأخذه ، إلا بخمس مائة ، وهي الأصلية عليه يريد به أنه إذا حضر الغائب قبل أن يأخذ البائع من الحاضر شيئاً ، لا يكون للبائع أن يأخذ الذي حضر إلا بخمس مائة ، وهي الأصلية عليه ؛ لأن القضاء على كفيله له بها قضاء عليه ، والقضاء على المكفول عنه لا يكون قضاء على الكفيل .

١٤٨٠٠- ولو كان لرجل على رجل ألف درهم ، وبها كفيل بأمر الطالب ، والطالب لقي الأصيل قبل أن يلقى الكفيل ، وأقام عليه بينة أن لي عليك ألفاً ، وفلان كفيل بها بأمرك ، فإنه يقضي عليه بألف درهم ، ولا يكون هذا قضاء على الكفيل ، حتى لو لقي الكفيل ، ليس له أن يأخذ منه شيئاً قبل أن يعيد البينة عليه

قال ابن سماعة رحمه الله : وقد يلزم الذي عليه الأصيل ، ولا يلزم الكفيل ، ألا ترى أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل ، أما لا يجوز أن يلزم الكفيل بحكم الكفالة ، ولا يلزم الأصيل ، ألا ترى أنه إذا أبرأ الأصيل برئ الكفيل ، وإذا لم يكن من ضرورة القضاء بالمال على الأصيل وجوبه على الكفيل ، لا ينتصب الأصيل خصماً عن الكفيل بحكم الكفالة عنه ، وإذا كان من ضرورة وجوب المال على الكفيل بحكم الكفالة وجوبه على الأصيل ، انتصب الكفيل خصماً عن الأصيل .

١٤٨٠١- ولو ادعى رجل على رجل أنك كفلت لي ولفلان الغائب عن رجل بألف درهم ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، وأقام على ذلك بينة ، وقضى له عليه بألف درهم ، ثم حضر الغائب ، فله أن يأخذ الغائب بجميع الألف ؛ لأنه حين قضى بها على الحاضر قضى بها على أنه كفيل عن المطلوب وعن الكفيل ؛ ألا ترى أني لو لم أجعله كفيلاً عن كل واحد منهما ، لم يكن له إذا أدى أن يرجع بها كلها على الذي عليه الأصل .

١٤٨٠٢- وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف رحمه الله : في رجل ادعى شراء دار من نفر هي في أيديهم ، وبعضهم حضور وبعضهم غيب ، والحاضر مقر للغائب بنصيبه جاحد للبيع ، فأقام المدعي بينة على دعواه ، فالقاضي لا يقضي إلا على

الحاضر في حصته عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو قول أبي يوسف أيضًا، فأبو حنيفة رحمه الله مرّ على أصله، فإن من أصله أن الحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب في مثل هذا، فلا يكون القضاء على الحاضر قضاء على الغائب، ألا ترى أن البائع لو كان واحدًا، والمشتري اثنان حاضر وغائب، فالحاضر لا ينتصب خصمًا عن الغائب.

وأبو يوسف رحمه الله فرّق بينما إذا كان المشتري واحدًا، والبائع اثنان، وبينما إذا كان البائع واحدًا والمشتري اثنان، فقال فيما إذا كان المشتري واحدًا، والبائع اثنان أن القضاء لا يتعدى إلى الغائب، وفيما إذا كان البائع واحدًا، أو المشتري اثنان أن القضاء يتعدى إلى الغائب.

والفرق أن البائع إذا كان اثنان فحق الغائب غير متصل بحق الحاضر؛ لأن الصفقة متفرقة، فلا ينتصب الحاضر خصمًا عن ذلك، فأما إذا كان المشتري اثنان، فحق الحاضر متصل بحق الغائب، ألا ترى أنه لو خاطب اثنين بالبيع، فقبل أحدهما لم يصح، فجاز أن ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

هذا إذا كان الحاضر مقرًا بنصيب الغائب، وإن كان جاحدًا نصيب الغائب، فالقاضي يقضي بالدار كلها للمدعي، أما في نصيب الحاضر، فلا يشكل، وأما في نصيب الغائب فإن ذا اليد انتصب خصمًا في نصيب الغائب في إثبات الملك له في نصيبه؛ لأنه لا يتوصل إلى إثبات ملكه على الحاضر في نصيب الغائب إلا بإثبات الملك للغائب، ثم بإثبات الشراء عليه.

١٤٨٠٣ - وإذا ادّعى هبة، أو صدقة، أو رهنًا من رجلين، وأحد الرجلين حاضر، والدار في يد الحاضر، فأقام بينة على الهبة والقبض، أو على الصدقة والقبض، أو على الرهن والقبض، فإن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا تقبل هذه البينة في فصل الرهن؛ لأن عنده القضاء يقتصر على نصيب الحاضر، ورهن المشاع باطل، فأما في الهبة، فإن كان مما لا يحتمل القسمة، فثبت بينته في حق الحاضر دون الغائب؛ لأن القضاء الحاضر ههنا ممكن؛ لأن الشيوع فيه لا يمنع جواز الهبة.

وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: ففي فصل الرهن لا يقبل هذه البينة أصلًا، وفي الهبة والصدقة إن كانت الهبة والصدقة مما لا يقسم يقضي على الحاضر والغائب

جميعًا حتى إذا حضر الغائب ، لا يكلف المدعي إعادة البينة عليه ، ويقضي عليه بتلك البينة ، وإن كانت الهبة والصدقة مما يقسم ، فالقاضي يقضي بهبة الكل ، ولكن ينفذ في النصف في الحال ، وفي النصف الآخر يُتوقف على أن يحضر الغائب ، فينفذ عليه .

والفرق له بين الرهن والهبة أن يثبت الملك في الشائع بالهبة ممكن في الجملة ، ألا ترى أنه إذا وهب داره من رجلين ، وسلّم إليهما صحّ على قولهما ، ويثبت لكل واحد منهما الملك في النصف بالهبة شائعًا ، وإذا جاز هذا في الجملة ، جاز القول(١) في القضايا بالهبة بجميعها ، ولكنه لا ينفذ(٢) على الغائب حتى يحضر ، فإذا حضر نفذ عليه ، فأما الرهن : فلا يجوز مع الشيوع بحال ما ، فلا يجوز القول بنفاذ القضاء ، وثبوته في البعض دون البعض ، فلهذا يبطل في الكل .

١٤٨٠٤ - قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله : رجل ادّعى على رجل مالاً ، فقضى القاضي له على المدعى عليه ببينة أقامها ، ثم غاب المقضي عليه ، أو مات فتركه ورثته ، وله مال في المصر في يد أقوام ، وهم مقرّون به للمقضي عليه ، قال : لا أدفع إلى المدعي من ذلك شيئًا حتى يحضر هو إن كان غائبًا ، أو ورثته إن كان ميتًا ؛ لأن القاضي نصب ناظرًا ، وليس من النظر في حق الغائب دفع ماله إلى المقضي له ، فلعل أنه قضى هذا الدين أو وارثه ، فيوقف الأمر لهذا ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب ، قال : لأني لا أدري لعل الذي قضيت عليه قضاه إياه ، أو وارثه ، وفي نوادر ابن سماعة - عن محمد رحمه الله أيضًا

١٤٨٠٥ - وإن غاب المدعى عليه ، أو مات بعد إقامة البينة عليه قبل قضاء القاضي عليه ، وقد زكّيت البينة في السر والعلانية ، فالقاضي لا يقضي بتلك البيّنة ، حتى يحضر الغائب ، أو نائبه ، أو يحضر وارث الميت ، فإذا حضر واحد من هؤلاء ، فالقاضي يقضي عليه بتلك البينة ، ولا يحتاج إلى إعادة البينة للقضاء ، ولو كان المدعى عليه أقرّ بما ادّعاه المدعي ثم غاب ، فالقاضي يقضي عليه بإقراره في حال غيبته ، فبعد هذا ينظر إن كان المقر له عينًا ، فالقاضي يأمر من في يده بالتسليم إذا كان الذي في يديه

(١) هكذا في م ، وكان في الأصل وظ : القول .

(٢) وفي م : لا ينفذ .

مقرّاً أنه ملك المقر، وفي الدين إذا ظفر بجنس حقه، يأمره بالأخذ، ولا يبيع في ذلك العُروض والعقار، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف: لا يقضي القاضي حتى يحضر الغائب في البينة[1] والإقرار جميعاً، ذكر قول أبي يوسف رحمه الله هكذا، والمحفوظ عن قول أبي يوسف رحمه الله المذكور عنه في عامة الكتب غير هذا، فالمذكور عنه في عامة الكتب أنه كان يقول أولاً: إن القاضي لا يقضي في فصل البينة، حتى يحضر الغائب، وفي فصل الإقرار يقضي، ثم رجع حين ابتلي بالقضاء، وقال: يقضي فيهما جميعاً، استحسن ذلك حفظاً لأموال الناس، وصيانة لحقوقهم.

وجه ما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله في نوادر ابن سماعة: إن القضاء يعتمد الولاية، ولا ولاية للقاضي على الغائب، فلا ينفذ قضاؤه عليه، ألا ترى أنه لو قضى عليه في المصر الذي هو فيه، وأنه ليس بقاضي ذلك المصر، لا ينفذ قضاؤه عليه؛ لعدم الولاية، كذا هذا.

وجه ما ذكر من قول أبي يوسف رحمه الله في عامة الكتب أن القاضي يقضي على الغائب في البينة والإقرار جميعاً إن حضرة المدعى عليه إنما كان شرطاً ليسمع القاضي كلام الخصمين، فيقضي عن علم أو ليعلم إنكاره الذي هو شرط سماع البينة، وقد وجد، فلا معنى لتوقيف القضاء.

توضيحه: أن كل مدعى عليه لا يعجز من أن يخفي نفسه متى توجه عليه الحكم لو لم يجز القضاء حال غيبته، يضيع حقوق الناس، ولأبي حنيفة رضي الله عنه في الفرق بين الإقرار والبينة أن للمدعى عليه حق الطعن في الشهود، والقضاء عليه حال غيبته يبطل حقاً عليه، أما ليس له حق الطعن في إقراره، فالقضاء عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقاً، فلهذا افترق.

٤٨٠٦- قال محمد رحمه الله في «الزيادات»: أمة في يدي رجل يقال له: عبد الله، فقال رجل -يقال له إبراهيم- لرجل يقال له محمد: يا محمد الأمة التي في يدي عبد الله كانت أمتي، بعتها منك بألف درهم، وسلمتها إليك إلا أن عبد الله قد غصبها

(1) وكان في الأصل: على بينة

منك، وصدّقه محمد في ذلك كله، وعبد الله يُنكر ذلك كله، ويقول: الجارية جاريتي، فالقول في الجارية قول عبد الله؛ لأن اليد عليها لعبد الله، ويقضى بالثمن لإبراهيم على محمد؛ لأنهما تصادقا على البيع والتسليم، وتصادقهما حجة في حقهما، فلو استحق رجل الأمة من يد عبد الله بعد ما أخذ إبراهيم الثمن من محمد، فأراد محمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم، وقال: الجارية التي اشتريتها منك، ورد عليها الاستحقاق، لا يُلتفت إلى ذلك؛ لأن القضاء بالاستحقاق على عبد الله اقتصر على عبد الله، ولم يتعد إلى محمد

والأصل أن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد، قضاء على ذي اليد، وعلى من تلقى ذو اليد الملك من جهته، ولا يكون قضاء على الناس كافة لما نبين بعد هذا، وذو اليد وهو عبد الله لا يدعي تلقي الملك من جهة محمد، فلم يصر محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله، وما لم يصر محمد مقضياً عليه، لا يرجع بالثمن على إبراهيم.

والدليل على أن محمداً لم يصر مقضياً عليه في هذه الصورة أن محمداً لو أقام البينة على المستحق أن الجارية جاريته، اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها، قبلت بينته، ولو صار مقضياً عليه، لما قبلت بينته.

وكذلك لو أن الذي استحقها على عبد الله استحقها بالنتاج، بأن أقام بينة على أنها جاريته، ولدت في ملكه، وقضى القاضي بها للمستحق، لم يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن ظهر ببينة المستحق أن إبراهيم باع جارية الغير؛ لأن القضاء بالاستحقاق اقتصر على عبد الله، ولم يصر محمد مقضياً عليه.

بيانه: وهو أن دعوى النتاج هنا غير محتاج إليه؛ لأن المستحق خارج، ألا ترى أنه لو أقام البينة على الملك المطلق، قبلت بينته، فسقط اعتبار دعوى النتاج، وبقي دعوى الملك المطلق، لا يصير محمداً مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله، فكذا هنا.

قال في الكتاب: ألا ترى أن محمداً لو أقام البينة على المستحق بأن الجارية جاريته، اشتراها من إبراهيم بكذا، وهو يملكها، أنه يقضى بها لمحمد، ولو صار محمد مقضياً عليه بالقضاء على عبد الله، لما قضي له فرع على مسألة الاستشهاد.

فقال: لو أعاد المستحق البينة على محمد أنها أمته، ولدت في ملكه، قضي بها

للمستحق، وترجحت بينته على بينة محمد؛ لأن بينة النتاج لا تعارضها بينة الملك المطلق؛ لأن بينة النتاج أكثر إثباتاً فيما يرجع إلى إثبات أولية الملك، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم في هذه؛ لأن محمداً صار مقضياً عليه بهذا القضاء.

قال: ولو لم يستحق الجارية أحد، ولكن أقامت الجارية البينة على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضي بحريتها، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن محمداً صار مقضياً عليه في هذه الصورة، والقضاء بالحرية(1)، وما ألحق بها قضاء على الناس كافة، ولهذا لو أقام محمد البينة على الملك والشراء من إبراهيم، لا تقبل بينته، ولو لم يثبت عليه الاستحقاق، لقبلت بينته، واستحقاق المشتري على المشتري بسبب سابق على الشراء يوجب الرجوع على البائع بالثمن.

ثم إنما وقع الفرق بين القضاء بالملك المطلق على ذي اليد وبين القضاء بالحرية، وما ألحق بها، حتى اقتصر القضاء بالملك المطلق على ذي اليد، ونفذ القضاء بالحرية وما ألحق بها إلى الناس كافة؛ لأن الحرية تعلق بها أحكام متعدية إلى الناس من أهلية الشهادة والقضاء والولاية وغير ذلك، فانتصب ذو اليد خصماً عن الناس كافة، فكان القضاء على ذي اليد قضاء على الناس كافة، أما الملك المطلق فلم يتعلق به أحكام متعدية إلى الناس كافة، فلم ينتصب ذو اليد خصماً عن الناس كافة.

وكذلك لو أقامت البينة على عبد الله أنها كانت أمته أعتقها، وقضى القاضي بذلك، رجع محمد بالثمن على إبراهيم؛ لأن دعوى الملك تكون وسيلة إلى دعوى العتق، ولما كان المقصود دعوى العتق، وليس في بعض الأوقات للقضاء فيه بالعتق بأولى من البعض؛ لأنها لم تعين وقتاً في الدعوى، فكان هذا والقضاء بحرية الأصل سواء.

١٤٨٠٧ - أما القضاء بالوقفية على ذي اليد، هل يكون قضاء على الناس كافة؟ وصورتها: رجل ادعى أرضاً في يدي رجل أنها وقف على جهة كذا، وقفها فلان، وأنا متولي أوقافه، وثبت الوقفية بالبينة، وقضى القاضي بها على ذي اليد، هل يكون قضاء على الناس كافة؟

---

(1) وكذا في الأصل: والقضاء بالحرية

حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني، والقاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمهما الله: أنه يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل بعد ذلك هذه الأرض لنفسه، لا يسمع دعواه، وألحقا بالقضاء بحرية الأصل.

وذكر في فتاوى أبي الليث رحمه الله: أنه لا يكون قضاء على الناس كافة، حتى لو ادعى رجل بعد ذلك هذه الأرض لنفسه ملكاً مطلقاً، تسمع دعواه، وألحقه بالقضاء بالملك المطلق، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله.

وذكر في شهادات الجامع: أن في دعوى العين أحد الورثة إنما ينتصب خصماً عن الميت للمدعي في عين هي في يد ذلك الوارث، لا في عين ليس في يده، حتى إن من ادعى عيناً من التركة، وأحضر وارثاً ليس ذلك العين في يد هذا الوارث الذي أحضره، لا يسمع دعواه عليه؛ وفي دعوى الدين أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت، وإن لم يصل إليه شيء من التركة.

١٤٨٠٨ - عبد مأذون ادعى داراً في يدي رجل، واستحق ببينة أقامها، فأقام المدعى إقرار العبد أنه لا حق له في الدار، تبطل بينة العبد وحقه، فإن جاء مولاه بعد ذلك، وقال: عبدي استحق الدار بالبينة، ولست أجيز إقراره؛ لأنه كان محجوراً عليه، فإنه يقال له: أعد البينة على المدعى عليه، فإن أعادها استحقها، وإلا فلا.

١٤٨٠٩ - رجل ادعى داراً في يدي رجل أن أباه مات، وتركها ميراثاً له، ولأخيه فلان، وأخوه منكر دعواه، ويزعم أنه لا شيء له من الدار، فأقام المدعي بينة على دعواه، وقضى له بنصف الدار، ثم رجع أخوه إلى تصديقه، لم يقض له بشيء، فإن جاء غريم للميت بعد ذلك، وأثبت دينه بمحضر من الوارث ببينته، وسأل القاضي بيع الدار بالدين، فإن القاضي يستقبل القضاء، فيقضي للميت بالدار كلها بالشهادة الأولى، ويبيع الدار، ويقضي الغريم حقه من ثمنها، فإن فضل شيء من ثمنها، يجعل نصفه للابن المدعي، ويرد الباقي على المقضي عليه بالدار، ولا يجعل للابن المنكر من الفضل شيئاً.

١٤٨١٠ - رجل ادعى داراً في يدي رجل أن أب هذا الذي في يديه غصبها إياه، وقال الذي في يديه الدار: الدار داري، وله أخ غائب، فأقام المدعي بينة على ما ادعى، وقضى له بالدار، ثم حضر أخوه الذي كان الدار في يديه، لا يكلف القاضي له

إعادة البينة عليهم، ولكن يقال لهم: أنتم على حجتكم.

١٤٨١١ - إبراهيم عن محمد: رجلان ورثا داراً عن أبيهما، باع أحدهما نصيبها من رجل، ثم أقام رجل بينة أنها داره ورثها من أبيه. قال: القضاء على المشتري قضاء على البائع، والقضاء على الأخ قضاء على المشتري إلا أن يقول المشتري: لم يرث هذا عن أبيه.

١٤٨١٢ - رجل ادعى أن ميتاً غصب منه شيئاً، وأحضر بعض ورثته، وأقام عليه البينة بذلك، وبعض هذا الشيء في يد هذا الذي أحضره، وبعضه في يد وكيل الغائب، وهذا الحاضر مقر بأن هذا الشيء ميراث لهم من أبيهم، قال محمد: أقضي على الحاضر بدفع ما في يديه، ولا آخذ ما في يد وكيل الغائب.

ولو كان ذلك كله في يد هذا الذي حضر، قضيت عليه بذلك كله، ودفعته إلى المدعي، فإن قدم الغائب، فقال: كان هذا في يد أخ لنا من غير الوالد، لم يقبل قوله، وهذه المسألة إشارة إلى أن في دعوى العين من التركة أحد الورثة إنما ينتصب خصماً عن الميت إذا كان العين في يديه.

١٤٨١٣ - وهشام قال: سألت محمداً رحمه الله عن قناة في يد قوم كثير، فيهم الشاهد والغائب، والصغير والكبير، وأقام رجل البينة على بعضهم أنهم احتفروا هذه القناة في أرضه غصباً، وهم قوم كثير لا يقدر على أن يجمعهم، قال: جعلت لهم وكيلاً، وقضيت على وكيلهم.

١٤٨١٤ - ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، وقبض المشتري العبد، ثم جحد البائع البيع، ثم أخذ البائع المشتري بالثمن، وأقام المشتري بينة أنه قد أحاله بالثمن على فلان ابن فلان الفلاني، وفلان المحتال عليه غائب، فحضر فإن المال لازم له بالبينة التي قامت على الحوالة - والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

ونسيها، فهي كلهن إلا واحدة، فالقاضي يحلفه حتى يخبر أنها ليست بمطلقة. وإن أخبر بذلك، فالقاضي يحلفه البتة[1] بالله أنها ليست بمطلقة، ولم يشترط دعواها. وهكذا ذكر في شرح القدوري. وذكر الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في مقدمة المسألة: أنه لا يحلف، فيتأمل عند الفتوى.

١٤٨١٦- وإذا قضى القاضي بحضرة وكيل الغائب أو بحضرة وصي الميت، يقضي على الغائب وعلى الميت، ولا يقضي على الوكيل والوصي، ويكتب في السجل أنه قضى على الميت وعلى الغائب، لكن بحضرة وصيه وبحضرة وكيله.

ذكر الخصّاف رحمه الله في «أدب القاضي» في باب العدوى: إذا أمر القاضي رجلاً بملازمة المدعى عليه، كذا لاستخراج المال، ويسمّى بالفارسية موكل، فأجرته على المدعى عليه، كذا ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام رحمه الله، وعليه بعض القضاة، وبعض مشايخ زماننا رحمهم الله قالوا: هي على المدعي، وهو الأصح؛ لأن منفعته تعود إلى المدعي.

١٤٨١٧- المديون إذا كان له عقار فاضل عن حاجته، يحبس ليبيعه، ويقضي الدين، وإن كان لا يشتري إلا بثمن قليل، كذا ذكر الخصّاف رحمه الله في باب الحبس، وإن امتنع المديون عن البيع بنفسه، فالقاضي هل يبيعه؟ ذكر في «الجامع الصغير» وفي «كتاب الأقضية»: أن القاضي لا يبيع مال المديون المحبوس: لا العروض، ولا العقار عند أبي حنيفة رضي الله عنه، لكن يحبسه، ويأمره بالبيع، ويستديم الحبس ليبيع بنفسه، وعندهما رحمهما الله يبيع العروض رواية واحدة، وفي بيع العقار روايتان، ذكر الروايتين في «شرح كتاب الأقضية».

١٤٨١٨- وإذا أقر الرجل لإنسان بمال، ومات المقر، فقالت ورثته بعد موته: إن أبانا قد أقر بمال كاذباً، فلم يصح إقراره، وأنت أيها المقر له عالم بذلك، وأرادوا تحليفه على ذلك، لم يكن لهم أن يحلفوه؛ لأن وقت الإقرار حق الورثة لم يكن متعلقاً بمال المقر، فصح الإقرار، وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقاً للمقر له، فلا يكون لهم ولاية تحليفه.

---

(١) وفي «ط»: البينة.

١٤٨١٩ - وإذا حبست المرأة زوجها بدين المهر أو بدين آخر، فقال الزوج للقاضي: إحبسها معي في السجن، فإن لي موضعها في الحبس لتكون معي، فالقاضي لا يحبسها، ولكنها تصير إلى منزل الزوج، ذكره الخصاف رحمه الله في باب مطالبة المهر.

وقيل: ينبغي للقاضي أن يحبسها؛ لأنها إذا حبست زوجها، ولم تحبس هي، تذهب حيث تريد، وقيل: القاضي يقول لها: إذ أردت حبس الزوج، لو حبست زوجك بحقك لحبستك معه، وإلا لا أحبس الزوج، وعلى التقديرين جميعًا يقع الأمن عن ذهابها إلى ما تريد.

١٤٨٢٠ - وإذا قال المديون: أبيع عقاري هذا، وأقضي حقه، ذكر صاحب "شرح مختصر العصام" في أول مكاتبه: أن القاضي لا يحبسه بل يؤجله يومين، أو ثلاثة.

ادّعى على آخر مالاً، وأنكر المدعى عليه ذلك، ثم ادّعى عليه في مجلس آخر أنك استهلكت مني هذا المال، وصرت مقرًا بالمال، والمدعى عليه ينكر المال والاستهلاك جميعًا، فالقاضي يحلفه على المال وعلى الاستهلاك، وقد قيل: يحلفه على المال؛ لأنه بالاستهلاك يصير مقرًا، والإقرار حجة المدعي، والمدعى عليه لا يحلف على حجة المدعي، فإنه لا يحلف بالله ما للمدعي بينة، ألا ترى أنه لو ادّعى عليه الاستيفاء[1] أو الإقرار، أو ادّعى عليه حقًا بسبب الخط، وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا خطه، فإنه لا يحلف على ذلك، والمعنى ما ذكرنا.

١٤٨٢١ - وفي "نوادر ابن رستم"[2] عن محمد رحمه الله: رجل قال لآخر: لي عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل: إن حلفت أنا لك على ذلك، فحلف الرجل، فأداها إليه، إن أداها على الشرط الذي شرط، كان له أن يرجع فيما دفع إليه.

١٤٨٢٢ - في "واقعات الناطفي" في كتاب الدعوى: ولو أن السلطان أو الخليفة قلد رجلاً القضاء، ورد القاضي ذلك، هل له أن يقبل ذلك؟ لا رواية لهذه المسألة في

---

(١) هكذا في ط والأصل، وكان في م: الإيتاء.

(٢) هكذا في ط، وكان في الأصل: نوادر رستم وفي م: نوادر ابن سماعة.

الكتب، قيل[1]: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل، إن قلّده بعد مشافهة مواجهة ورد، لا يمكنه قبول ذلك الأمر، وكذلك التقليد بعد ذلك، ولو قلّده بطريق المغايبة، بأن بعث إليه المنشور، فرده، ثم قبل كان له ذلك[2] استدلالا بما ذكر في كتاب النكاح: أن امرأة لو كتبت إلى الرجل: أني زوّجت نفسي منك، فلم يقبل الزوج في ذلك المجلس، وقبل في مجلس آخر، كان له ذلك[3]؛ لأن الكتاب كالخطاب، والكتاب باق معه، فيكون الخطاب باقيًا، فكان له أن يقبل، فكذا في حق المنشور للقاضي، ولو كان بطريق المغايبة، ولكن بالرسالة لا بالكتاب، فكذلك[4] أيضًا استدلالا بالموكّل والموصى إليه إذا ردا في غير وجه الموكل والموصي، فكان لهما أن يقبلا بعد ذلك ما لم يعلم الموكل برده، والموصي بالرد؛ لأن الرد من غير علم الموكّل والموصي لم يصح، وإذا لم يصح الردّ كان حكم التوكيل والإيصاء باقيًا، فيعمل قبولهما، فكذا أيضًا ههنا يجب أن يكون كذلك.

١٤٨٢٣- رجل أخرج صكا بإقرار رجل، فقال المقر: قد أقررت لك لهذا المال، إلا أنك رددت إقراري يحلف المقر له، كمن ادّعى البيع على إنسان، فقال البائع: بعتُه منك، إلا أنك أقلتني، فإنه يحلف مدعي الشراء، التحليف بالطلاق والأيمان المغلظة لم يجوّزه أكثر مشايخنا رحمهم الله، وإن بالغ المستحلف في ذلك يفتي بأن الرأي فيه للقاضي.

١٤٨٢٤- رجل تزوج امرأة وابنتها في عقدين، وقال: لا أدري أيتهما أولى، يحلف لكل واحدة منهما بالله ما تزوجها قبل صاحبتها، والقاضي في التحليف يبدأ بأيتهما شاء، فإذا حلفه إحداهما وحلف ثبت نكاح الأخرى، وإن نكل لزمه نكاح هذه، وبطل نكاح الأخرى، وهذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجري الاستحلاف في النكاح، فلا يتأتى هذا الفصل على قوله: المدعى عليه الدار إذا قال: أنا بنيت بناء هذه الدار، والمدعي يعلم بذلك، وطلب يمين المدعي، لا يحلف المدعي،

(١) هكذا في الأصل وم.

(٢) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: كان ذلك له.

(٣) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: لأن الخطاب كالكتاب.

(٤) وكان في ظ: وكذلك.

يجوز أن يكون المدعى عليه هو المدعي، ويكون ابتداء للمدعي، بأن يبني المدعى عليه بأمر المدعي، حتى لو قال المدعى عليه: بنيت الدار لنفسي بغير أمر المدعي، يحلف المدعي الحاكم، المحكم إذا حلف المدعى عليه، وحلف، ثم ترافعا إلى قاضي مولى، فالقاضي المولى لا يحلفه ثانيًا.

١٤٨٣٤ - دار في يدي رجل ادعاها رجل أنه غصبها منه، وقال المدعى عليه: هذه الدار كانت في يدي منذ كذا وكذا، وأراد المدعي تحليفه، يحلف عند محمد رحمه الله، خلافًا لهما بناء على أن غصب الدار يتحقق عند محمد، فكان في التحليف فائدة، حتى لو نكل يقضى عليه بالقيمة.

ولو أراد أن يحلفه ليأخذ القيمة، لا يأخذ بالاتفاق؛ لأن الدار صارت مستهلكة لصيرورتها وقفًا، والفتوى على قول محمد رحمه الله دفعًا للحيلة. وهذا كرجل في يديه عبد، قال: هذا العبد لفلان اغتصبته من فلان، فإنه يُصدَّق في إقراره أنه لفلان، ولا يصدق على المقر له أنه اغتصبه من فلان، ويصدَّق في حق نفسه، حتى يضمن قيمته للثاني.

١٤٨٣٥ - رجل في يديه ضيعة يزعم أنها وقف جده، وقفه على أبيه وأولاده خاصة، وجاء رجل وادعاها، وقال: إن الواقف هذا وقفها على جميع أولاده، وأنا من جملة أولاده، وأراد تحليف صاحب اليد، لا يحلف، فإن كان أقر به صاحب اليد شيء من غلة هذه الضيعة، فحينئذ يحلف على نصيب المدعي؛ لأنه يدعي ملك ذلك القدر لنفسه، وهو أي ذو اليد ينكر، فيحلف على ذلك، ولا فائدة في الوجه الأول، وهذا الجواب[2] مستقيم على قول من يقول بأن للموقوف عليه حق الخصومة، أما على قول من يقول ليس له حق الخصومة، ينبغي أن يكون الدعوى من المتولي حتى يحلف المدعى عليه في الوجه الثاني.

السابع: إذا حلف المدعى عليه على العلم في موضع وجب التحليف على البتات، يبقى للمدعي حق التحليف على البتات، ولا يحتسب بما حلف، ولو نكل عن

---

(١) وفي الأصل: إلا إذا كان، مكان: فإن كان.

(٢) وفي الأصل: وهذا الوجه مستقيم.

اليمين في هذه الصورة، وقضى القاضي عليه بنكوله لا ينفذ قضاؤه.

١٤٨٢٧ - [رجلان شهدا على رجل بحق من الحقوق، فقال المشهود عليه: هما عبدان، فقالا: كنا عبدين لفلان الغائب، إلا أنه أعتقنا، وأقاما البينة على ذلك، فإن القاضي يقضي بأنه أعتقهما، ويكون ذلك قضاء على مولاهما، حتى لو حضر المولى، وأنكر العتق، لا يلتفت إلى إنكاره.

١٤٨٢٨ - وفي "الملتقط": ولو مات رجل، ولا يعلم له وارث، فباع القاضي داره يجوز، ولو ظهر الوارث، فالبيع ماض. الفتاوى الخلاصة: رجل له على آخر دعاوى متفرقة من الدراهم والدنانير والضياع. قال: يجمع دعاوى كلها، ويحلف يميناً واحداً على ذلك كله إلى هنا][1]. وبمثله لو حلفه القاضي على البتات في موضع وجب التحليف على العلم يحتسب به حلفه؛ لأنه أوفى المستحق منه وزيادة.

١٤٨٢٩ - طلب المدعي يمين المدعى عليه، فقال المدعى عليه: أخرج كراسة حسابك لأنظر فيه، والتمس من القاضي أن يأمر بذلك، أجابه القاضي إليه، ولكن لو أبى لا يجبر عليه، وهو نظير ما لو طلب المدعى عليه من القاضي أن يأمر المدعي ببيان السبب.

قاضي العسكر: لا ولاية له على غير أهل العسكر، ولا ينفذ قضاؤه على غير أهل العسكر، إلا إذا شرط ذلك عند التقليد، وإذا كان الرجل من أهل العسكر، وهو يعمل في السوق ويحترف، فهو من أهل العسكر.

١٤٨٣٠ - سئل شمس الإسلام الأوزجندي رحمه الله عمن وقف ضيعة على علماء خوقند، وسلم إلى المتولي، ثم ادعى على المتولي فساد الوقفية بسبب الشيوع بين يدي قاضي بلدة خوقند، فحكم بصحة الوقفية على قول من يرى ذلك، وقاضي خوقند من علماء خوقند، هل ينفذ قضاؤه؟ قال: ينفذ قضاؤه؛ لأنه يصلح شاهداً في هذه المسألة لما ذكر هلال في وقفه إذا وقف الرجل على فقراء جيرانه، ثم شهد بعض فقراء جيرانه على الوقف، قبلت شهادتهم؛ لأن الجوار ليس بلازم.

١٤٨٣١ - القاضي لا يملك تزويج الصغار، إلا إذا كتب في منشوره ذلك، إذا

---

(١) هذه العبارة موجودة في الأصل فقط.

مات القاضي قبل استيفاء الرزق من بيت المال يسقط رزقه، ذكره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في أول النفقات من "أدب القاضي".

وفي "فتاوى النسفي": قاضي كرخ وقاضي خسر إذا التقيا، فقال أحدهما للآخر: إن فلانًا أقر لفلان بكذا لا يقضي به، حتى يبعث إليه اتباعًا للسنة في كتاب القاضي إلى القاضي، قالوا: هذا إذا لم يكن كل واحد منهما زمان الإخبار في مكان هو قاضي فيه، أما إذا كان كل واحد منهما في مكان هو قاضي فيه، ينبغي أن يقضي به، لأن القول أقوى من الرقعة -والله أعلم بالصواب، وبه التيسير وعليه الاعتماد-.

والآن[1] حان الشروع في تدوين فهرست الكتاب والفصول، والأنواع والأقسام التي هي في المجلد الثاني من "المحيط البرهاني" -بعون الله تعالى وحسن توفيقه-.

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: والآن.

كتاب الشهادة

هذا الكتاب يشتمل على أربعة وعشرين فصلاً:

الفصل الأول : في حل تحمل الشهادات وحل أدائها ، والامتناع عن ذلك

الفصل الثاني : في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء

الفصل الثالث : في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل

الفصل الرابع : في الإسماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة

الفصل الخامس : في شهادة الرجل على فعل من أفعاله أو صفة من صفاته

الفصل السادس : في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه أو لأمه

الفصل السابع : فيما يجوز من الشهادات وما لا يجوز

الفصل الثامن : في الشهادات في المواريث

الفصل التاسع : في الشهادة على الشهادة

الفصل العاشر : في شهادة الشهود بعضهم لبعض

الفصل الحادي عشر : في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

الفصل الثاني عشر : في المسائل التي تتعلق بحدود المدعي والمشهود به

الفصل الثالث عشر : في شهادة الوارث بالوصية والرجوع ، وفي شهادة الوصي للميت وفي شهادة الوكيل للموكل

الفصل الرابع عشر : في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته وشهادة الشهود بعد قضاء القاضي بخلاف ما قضى

الفصل الخامس عشر في الشهادة على الوكالة والوصاية

الفصل السادس عشر : في شهادة ولد الملاعنة

الفصل الأول

في حل تحمل الشهادات وحل أداءها، والامتناع عن ذلك

١٤٨٤٢ - ذكر في "فتاوى أهل سمرقند": أن الإشهاد على المداينة والبيع فرض على العباد؛ لأنه بدونه يخاف تلف المال، وفي تلف الأموال تلف الأبدان، وحرام على الآدمي إتلاف البدن، فيفترض عليه الإشهاد الذي هو طريق الصيانة، إلا إذا كان شيئًا حقيرًا لا يخاف عليه التلف، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب، وليس بفرض، وهذا القائل يحمل الأوامر المذكورة في كتاب الله تعالى نحو قوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[1] وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[2] على الندب.

١٤٨٤٣ - اختلف المشايخ في أنه هل يصح تحمل الشهادة على المرأة إذا كانت متنقبة؟ بعض مشايخنا وسّعوا، وقالوا: يصح عند التعريف، وقالوا: تعريف الواحد كاف، كما في المزكي والمترجم، والاثنان أحوط، وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام خواهر زاده.

وبعضهم قالوا: لا يصح التحمل عليها بدون رؤية وجهها، وبه كان يفتي القاضي الإمام شمس الإسلام الأوزجندي والشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني، ووجه ذلك أن العلم شرط جواز الشهادة، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[3]، وقال عليه السلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»[4]، فالعلم لا يحصل إلا بالدليل القطعي غير أن في كل موضع تعذر الوصول إلى الدليل القطعي، يكتفى بالدليل الظاهر، وههنا

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٢.

(٣) سورة الزخرف: الآية ٨٦.

(٤) ذكره الزيلعي في "نصب الراية" (٤/ ٨٢)، وقال: أخرجه البيهقي في "سننه"، والحاكم في "المستدرك"، قال الذهبي: "حديث واه؛ فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد - انتهى -.

الوصول إلى العلم؛ وإلى معرفة وجهها ممكن بكشف وجهها، فلا ضرورة إلى قبول التعريف من الواحد، والمثنى مقامه، والدليل عليه أنا أجمعنا على أنه يجوز النظر إلى وجهها لتحمل الشهادة، والنظر إلى الأجنبية مع ما فيه من خوف الفتنة، لا يجوز إلا لضرورة، ولو صح تحمل الشهادة عليها بدون رؤية وجهها لما جاز النظر إلى وجهها لتحمل الشهادة.

فأما معرفة الاسم والنسب للشهادة حالة الغيبة، والعلم بذلك لا يحصل بالمعاينة، فيجوز الشهادة على النسب والاسم بإخبار الغير، ثم على قول أبي يوسف ومحمد إذا أخبره عدلان أنها فلانة، فذلك يكفي، ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضي، كان للقاضي أن يقضي بشهادتهما، والقضاء فوق الشهادة، فلأن يجوز الشهادة بإخبارهما أولى، وعلى قول أبي حنيفة: لا تحل له الشهادة على الاسم ما لم يسمع من جماعة لا يتصور تواطئهم على الكذب؛ لما ذكرنا أن الشهادة بناء على العلم، ولا يقع العلم إلا بالخبر المتواتر، فأما خبر المثنى ففيه احتمال، والفقيه أبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما في هذه المسألة، وهو اختيار نجم الدين النسفي، وعليه الفتوى، فإذا عرفها باسمها ونسبها عدلان، ينبغي للعدلين أن يشهدا على شهادتهما هؤلاء الشهود، كما هو طريق الإشهاد على الشهادة، حتى يشهدوا عند القاضي على شهادتهما بالاسم والنسب، ويشهدوا بأصل الحق بطريق الأصالة، فيجوز ذلك بلا خلاف.

١٤٨٣٤ - وفي الجامع الأصغر: قال أبو بكر الإسكاف: المرأة إذا حسرت عن وجهها، وقالت: أنا فلانة بنت فلان، وقد وهبت لزوجي مهري، فإن الشهود لا يحتاجون إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية؛ لأنه يمكن للشاهدين أن يشيرا إليها، فإن ماتت، فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة شاهدين أنها كانت فلانة بنت فلان.

قال نجم الدين النسفي: ويصح تعريف من لا يصلح شاهداً لها، سواء كان الإشهاد لها أو عليها؛ لأن هذا خبر وليس بشهادة، ولهذا لم يشترط لفظ الشهادة، وفي الخبر الثقة إلى من يوثق به، ومن المشايخ من قال: إن كان الإشهاد لها لا يصح تعريف من لا يصلح شاهداً لها.

١٤٨٣٥ - وعن محمد بن مقاتل: أنه إذا سمع الرجل صوت امرأة من وراء الحجاب، وشهد عنده اثنان أنها فلانة بنت فلان، لا يجوز أن يشهد عليها، أطلق الجواب إطلاقاً، وكان الفقيه أبو الليث يقول: إذا أقرت امرأة من وراء الحجاب، وشهد عنده اثنان أنها فلانة، لا يجوز لمن سمع إقرارها أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها، يعني حال ما أقرت، فحينئذ يجوز له أن يشهد على إقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها.

١٤٨٣٦ - وذكر الخصّاف في "أدب القاضي": إذا أراد الرجل أن يعرف المرأة التي يريد أن يشهد بها بوكالة، أو بأمر من الأمور، ينبغي أن يدخل عليها وعندها جماعة من النساء من ذي بين ذلك الرجل، فيسألهن: هذه بنت فلان؟ فإن قلن: نعم، تركها أياماً ثم نظر إليها بحضرة نسوة أخرى، فيسمع مثل ذلك، وكذلك يتردد إليها مراراً شهرين أو ثلاثة، فإذا وقع معرفتها في قلبه، يقول: نساء ورجال، ومن أمكنه شهد عليه بذلك.

وفي "فتاوى النسفي": إذا شهدوا على امرأة سمّوها ونسبوها، وكانت حاضرة، فقال القاضي للشهود: هل تعرفون المدعى عليها؟ فقالوا: لا، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، ولو قالوا: تحملنا الشهادة على امرأة اسمها ونسبها كذا، ولكن لا ندري أن هذه المرأة هل هي تلك المرأة بعينها أم لا؟ صحّت شهادتهم على المسمّاة، وكان على المدعي إقامة البينة أن هذه هي التي سمّوها ونسبوها، بخلاف الأول؛ لأن في الأول أقروا بالجهالة، فبطلت شهادتهم، ولا كذلك في هذا الوجه.

١٤٨٣٧ - وفي "فتاوى أبي الليث": سُئل نصير عن الشاهد إذا ادّعي إلى شهادة، وهو في الرستاق، إن كان بحال لو حضر مجلس الحكم، وشهد يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه، يجب عليه الحضور؛ لأنه لا ضرر عليه في الحضور، وإن كان لا يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه، لا يجب عليه الحضور، وإن كان الشاهد شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي بالأقدام، وليس عنده ما يركب، فتكلف المشهود له بدابة يركب ويحضر، فلا بأس به، وهذا من إكرام الشهود.

١٤٨٣٨ - وعن أبي سليمان الجوزجاني: رجل أخرج شهوداً إلى ضيعة قد

حق المشهود له لو امتنع عن الشهادة، وفي شرح سرفة شيخ الإسلام: إن في حقوق العباد إذا طلب المدعي الشاهد يشهد له، فتأخر من غير عذر ظاهر، ثم أدى لا تقبل شهادته، وأشار إلى المعنى، فقال: لما ترك الأداء مع إمكان الأداء، فقد يحتمل أنه ترك الأداء بعذر، بأن نسي أو كان له شغل مانع، واحتمل أنه ترك الأداء، لأنه أراد على الأداء أجراً، ولم يسلم له الأجر، فإذا أخذ الأجر بعد ذلك أدّى، فيتمكن في شهادته نوع تهمة، والتهم مانعة قبول الشهادة، وفي أول الوصايا من "أدب القاضي": لا بأس للإنسان أن يتحرز عن قبول الشهادة وتحملها.

١٤٨٤١ - وفي باب اليمين من كراهية "الواقعات": رجل طلب منه أن يكتب شهادة، أو يشهد على عقد، فأبى ذلك، فإن كان الطالب يجد غيره، فللشاهد أن يمتنع، وإلا فلا يسعه الامتناع منه، وهذا أمر التعليل إذا سئل من إنسان، فإن كان هناك سواه من يعقله، يسعه أن لا يجيب، وإلا لم يسعه إلا أن لا يعول في الحق حتى لا يكون مبطلاً للحق عليه.

وفي وصايا الفتاوى: كتب صك وصية، وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ عليهم، قال الفقيه أبو جعفر: لا يجوز لهم أن يشهدوا، حتى يعلموا ما فيه في قول علماء المتقدمين، وفي قول نصير يجوز، وبه كان يأخذ علي ابن أحمد.

١٤٨٤٢ - وفي "أدب القاضي" للخصاف: رجل أشهد على صك البيع، أو كتاب وصية، ولم يقرأ عليهم، فإن ذلك لا يجوز، وفرق على أبي يوسف بين هذا، وبين كتاب القاضي، فإن على قوله علم الشهود بما في الكتاب ليس بشرط.

والفرق أن في كتاب القاضي الإشهاد يقع على الكتاب والختم، لا على ما فيه، وقد وجد الإشهاد على الكتاب والختم، أما في الصك والوصية الإشهاد يقع على البيع أو على الحق الذي في الصك، والإشهاد على الصك لا يكون إشهاداً على البيع، وعلى الحق الذي في الصك، والإشهاد على ما في الصك بأحد أمور ثلاثة: إما بأن يقرأ الكاتب الكتاب على الشهود، حتى يكون ذلك إقراراً منه، أو بأن يقرأ الكتاب بين يدي الكاتب، وهو يقول: اشهدوا عليّ بما فيه، أو بأن يكتب بين يدي الشهود، والشاهد يعلم ما كتب فيه.

وكذلك قال أبو حنيفة .

١٤٨٤٦ - وإذا سمع الرجل إقرار رجل بحق، فطلب صاحب الحق منه أن يشهد له بالحق، جاز له أن يشهد بالحق، وإن لم يعاين سبب الحق، وبكتب الإقرار، وكذلك إذا سمع إقرار إنسان بحق، حل له أن يشهد به، وإن لم يشهد عليه، وسئل ابن مقاتل عن اثنين تحاسبا بين يدي جماعة، وقالا لهم: لا تشهدوا علينا بما تسمعون منا، ثم أقر أحدهما للآخر، قال: ينبغي للشاهد أن يشهد بما سمع من إقراره، وهو قول ابن سيرين .

قال الفقيه أبو الليث : وهكذا روي عن أبي حنيفة، وبه نأخذ، فإذا دخل في بيت، وعلم أنه ليس فيه غير الواحد، ثم خرج وقعد على الباب، وعلم أنه ليس للبيت مسلك آخر، فأقر من في البيت؛ حل له أن يشهد على إقراره .

١٤٨٤٧ - وفي "واقعات الناطفي" : إذا أشهدت المرأة شهودًا على نفسها لأبيها أو لأختها بمال، يريد بذلك إضرار الزوج، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد، يريد إضرار باقي الأولاد، والشهود يعلمون ذلك، وسعهم أن يقبلوا الشهادة، ويشهدوا بذلك .

وفيه نظر : فقد صح أن رسول الله ﷺ قال : في مثل هذا جور، وأنا لا أشهد على الجور، والصحيح أنه لا ينبغي للمرء أن يتحمل مثل هذه الشهادة، ولكن إذا تحمل، فله أن يؤدي .

١٤٨٤٨ - وفي "فتاوى أبي الليث" : سئل أبو القاسم الصفار عن رجل أخذ سوق النخاسين مقاطعة من السلطان، وكتب بذلك كتابًا، وأشهد شهودًا، هل يحل للشهود أن يشهدوا بذلك؟ قال: لو شهدوا حل لهم اللعن؛ لأنهم شهدوا بباطل، ولو شهدوا على إقراره، لكنهم عرفوا السبب، فهم ملعونون أيضًا، ويجب أن يتحرزوا عن تحمل مثل هذه الشهادة، وكذا في كل إقرار هو بناء على الحرام، وهذا يؤيد ما ذكرنا في المسألة المتقدمة .

١٤٨٤٩ - جاء رجل إلى رجلين مع أعوان السلطان، وأقر عندهما أن لفلان

على دين كذا، ومعه ناس من أعوان السلطان(١)، ثم طلب منهما الشهادة على إقرار المقر، والمقر يزعم أنه أقر خوفاً من المقر له، فإن على الشاهدين أن يبحثا عن هذا الأمر، فإن وقفا على أمر فيه خوف أو إكراه، امتنعا عن الشهادة؛ لأن قوله تأيد بمؤيد، وإن لم يقفا على ذلك، يشهدان على إقراره، ويخبران القاضي أنه أقر، ومعه أعوان السلطان، حتى يتأمل القاضي فيه.

١٤٨٥٠ - رجل أقر بين يدي قوم إقراراً صحيحاً أن لفلان عليه كذا وكذا درهماً، فمضت على ذلك مدة، ثم جاء عدلان، أو ثلاثة إلى هؤلاء الشهود، وقالوا، أو قالوا: لا تشهدوا أن لفلان على فلان الدين، فإنه قضاه كله، فالشهود بالخيار، إن شاؤوا امتنعوا عن الشهادة، وإن شاؤوا شهدوا بذلك، وأخبروا الحاكم بالقصة، ثم لا يقضي القاضي بالمال حتى يستقصي، كذا ذكره في "فتاوى أبي الليث" عن الفقيه أبي جعفر وأبي نصر بن سلام.

١٤٨٥١ - وفي "العيون" عن محمد: إذا شهد عدلان عند شاهدي الدين أن صاحبه قد استوفاه، لا يسعهما أن لا يشهدا بالدين إذا علم منهما صاحبه، ولكن يشهدان أيضاً بما أشهدهما الشاهدان على شهادتهما بالاستيفاء، أو لا بد أن يخبرا(٢) القاضي بذلك، أما لا يشهدان بذلك على شهادتهما؛ لأنهما ما أشهداهما على شهادتهما.

وفي "النوازل" عن محمد: أنهما يشهدان أنه كان عليه ذلك، ولا يشهدان أنه عليه، وفي "نوادر هشام" عن محمد: أنهما بالخيار، إن شاءا شهدا وإن شاءا لم يشهدا.

١٤٨٥٢ - وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: إذا شهد الرجل على حق الرجل، ثم أخبره رجلان يثق بهما أنه قد قبض حقه، فليس له أن يمتنع عن أداء الشهادة إذا سأله الطالب أن يشهد بحقه؛ لأنه ليس إليه إن يمتنع من الشهادة إنما يحكم به، قال أبو يوسف: وكذلك في النكاح إذا شهد الرجل على نكاح امرأة ثم أخبره رجلان يثق بهما

---

(١) وفي م: من أعوان السلطان.

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: أن يخبرها.

أنه طلقها، والمرأة تجحد النكاح، فسأله الرجل أن يشهد له بالنكاح، لم يكن له أن يمتنع من الشهادة، ولو كان الطالب أخبره بالطلاق في هذه المسألة، أو بالنقض في المسألة المتقدمة، ثم دعاه إلى تلك الشهادة، لم يشهد بها.

وفي "المنتقى": قال محمد: إذا شهدت على أصل البيع أو النكاح، أو قتل العمد، أو الإقرار بشيء من ذلك، ثم شهد عندك عدلان على أن الزوج طلقها ثلاثًا بحضرتهما، أو أن امرأة واحدة أرضعتهما، وهما صغيران في الحولين، أو أن المشتري أعتق الجارية، أو أن البائع أعتقها قبل أن يبيعها من هذا المشتري، أو أن الميت قد عفى بنفسه قبل أن يموت، وقد أنكرت المرأة أن تكون امرأته، وأنكرت الجارية أن تكون أمة المشتري، لم يسعك أن تشهد على أصل العقود والنكاح، وأشباه ذلك.

ألا ترى أنهما لو شهدا عند الزوجة بالطلاق، أو شهدا عند الأمة بالعتق، ثم يسعهما أن يدعاهما يجامعانهما، فكذا لا يسع للشاهد أن يشهد وإن كان ذلك حق قبله، وإن كان الشاهد بذلك واحدًا عدلًا، لم يسع للشاهدين أن يمتنعا عن أداء الشهادة الأولى، ولم يسع للزوجة والأمة منع الزوج والمولى عن الجماع.

قال: ومن أقر به الرجل من مال أو ما أشبه ذلك بين يدي رجل لرجل آخر، ثم أنكر فطلب المقر له شهادته على إقراره، وأخبره شاهدا عدل بأن ذلك الذي أقر به المقر قد صار له ببيع أو هبة، قال: يشهد الشاهد بما كان يعلم من ذلك، ولا يلتفت إلى قول العدلين، قيل: إن وقع في قلبه أن المخبرين صادقان، لا يسعه أن يشهد(١) بما كان يعلم من ذلك.

١٤٨٥٣ - وفي "فتاوى الفضلي": إذا شهد عند شاهد المدعي عدلان أن الطالب أبرأ المطلوب، لا يسعهما أن يمسكا عن الشهادة إلا أن يكونا سمعا إقرار الطالب بالإبراء أو الاستيفاء.

وفي "الواقعات": إذا علم الشاهدان أن الدار للمدعي، ثم شهد عندهما شاهدان عدلان أن المدعي باع الدار من الذي في يديه، قال محمد: يشهدان بما علما، ولا يلتفتان إلى شاهدي البيع، ولو شهد عند شاهدي النكاح، أو شاهدي شراء العبد عدلان

(١) وفي الأصل: يشهد.

أنه طلقها ثلاثاً، أو ملكت من البائع، لا يشهدان في هاتين المسألتين.

وبعض مشايخ زماننا اختاروا في هذه المسائل كلها: أنه إن شهد عنده بذلك عدلان، ووقع في قلبه أنهما صادقان، ليس له أن يشهد به علم من أصل الحق، وإذا شهد عنده شاهد واحد أو شاهدان، إلا أنه لم يقع في قلبه صدقهما، فله أن يشهد به علم من أصل الحق.

١٤٨٥٤ - وإذا تزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين على مهر مسمى، ومضى على ذلك سنون، وولدت أولاداً، أو مضى سنون، ثم مات الزوج، ثم إنها استشهدت الشهود أن يشهدوا على ذلك المسمى، وهم يتذكرون ذلك، استحسن مشايخنا أنه لا يسعهم أن يشهدوا بعد اعتراض هذه العوارض من ولادة الأولاد ومضي الزمان؛ لاحتمال سقوط كله، أو بعضه، وبه كان يفتي الصدر الكبير برهان الأئمة، ثم رجع وأفتى، كما هو جواب الكتاب أنه يسعهم أن يشهدوا، وعليه الفتوى.

١٤٨٥٥ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: في رجل باع، واشترى، وهو على حال فساد يستحق أن يحجر عليه، لم يسع للرجل إذا دعي للشهادة على مثل هذا أن يشهد؛ لأن من رأى الحاكم أن لا يجيز ذلك، قال: قلت: فإن كان الذي يريد أن يشهدني على دفع المال إلى الوارث، وهو على فساد يجب أن يحكم الحاكم عليه، قال: وسعك أن تشهد عليه، ووسعك أن لا تجيب إلى الشهادة على ذلك، فكأنه خيره بين أن يجيب وبين أن لا يجيب.

وفي المنتقى: رجل في يديه عبد، لا يعبر عن نفسه، قال: الذي في يديه هو عبدي، وسمع ذلك منه رجل، ثم تكلم الغلام، وقال: أنا حر، وسع لذلك الرجل أن يشهد أنه، وإن لم يكن سمع منه ذلك، لم يسعه أن يشهد أنه عبده.

وفيه أيضاً عن محمد: رجل عنده شهادة لرجل، وهو محدود في قذف أو عبد، وسعه أن يشهد ويكتم أنه عبد أو محدود في قذف حتى يقضي للمشهود له بالألف الذي يدعيه.

١٤٨٥٦ - إذا شهد الرجل على ملك دار بعينها إلا أنه لا يعرف الحدود، يجوز أن يسأل الثقات عن حدودها للشهادة، لكن يشهد بالبين على إقراره، ولا يشهدها

بالحدود على إقراره، حتى لا يكون كاذبًا، بل يفسّر الحدود من ذات نفسه، ويجوز ذلك.

١٤٨٥٧ - قال محمد في "الجامع الصغير": رجل في يديه شيء سوى العبد والأمة، وسعك أن تشهد أنه له، وقد ذكرنا قبل هذا أن علم الشاهد بالمشهود به شرط جواز أداء الشهادة، وأقوى الأدلة التي يحصل بها العلم المعاينة، فيجب اعتبارها إلا إذا تعذر، فحينئذ يعدل عنها، ويعتمد على دليل آخر دونها، والملك في الأشياء المعاينة لأشخاص معيّنين لا يعرف من طريق الإحاطة، وإنما يعرف بطريق الظاهر بدليله، واليد بلا منازعة دليل الملك، بل لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد؛ لأن أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء أو الهبة، أو ما أشبه ذلك، إلا أن الشراء أو الهبة إنما يفيد الملك إذا كان البائع، أو الواهب مالكًا، إنما يعرف كون الواهب مالكًا بيده بلا منازعة، وإذا كان اليد بلا منازعة دليلًا على الملك كان للشاهد أن يعتمد عليه، ويشهد بالملك لصاحب اليد اعتبارًا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة.

ثم إن محمدًا على رواية "الجامع الصغير" جعل اليد فيما سوى العبد والأمة دليل الملك، ولم يجعله في العبد والأمة دليل الملك، ولم يفصل بين الصغير والكبير، وروى ابن سماعة عنه أنه فرق بينهما إذا كان العبد صغيرًا لا يعبّر عن نفسه، وبينه إذا كان كبيرًا أو صغيرًا يعبّر عن نفسه، فجعل اليد على الصغير الذي لا يعبر عن نفسه دليل الملك، ولم يجعل اليد على الكبير، وعلى الصغير الذي يعبّر عن نفسه دليل الملك.

وجه ما ذكر في "الجامع": أن العبد في يد نفسه حتى إذا ادّعى أنه حرّ الأصل، فالقول قوله، فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة، حتى يعتبر لإطلاق الشهادة، والاستخدام لا يصلح دليلًا على الملك أيضًا؛ لأن الحر قد يستخدم الحر، وقد يخدمه متطوعًا إلا إذا كان العبد بحال لا يعبّر عن نفسه، كما هو رواية ابن سماعة، فحينئذ يجوز له أن يشهد بالملك؛ لأنه لا يد له على نفسه، فثبت يد المولى عليه حقيقة، وصار كالثياب والبهائم.

وعن أبي يوسف: أنه سوّى بين العبيد والإماء، وبين سائر الأشياء، وجعل اليد في الكل دليل الملك، وهكذا رُوي عن محمد، وهكذا روى أبو يوسف في "الأمالي"

عن أبي حنيفة، وذكر بعض المشايخ في "شرح الجامع الصغير" فصل العبد والأمة، وقال: إن كان الرائي يعرف أنه رقيق يسعه أن يشهد لذي اليد بالملك؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، بل يكون في يد من هو مستولي عليه من حيث الظاهر، أما إذا لم يُعرف أنه رقيق لا يسعه أن يشهد بالملك لذي اليد بمجرد اليد؛ لأن الحر قد يخدم غيره طوعاً كأنه عبده، فلا يصح الاستدلال به على الملك.

ثم إن محمداً شرط في بعض الروايات مع اليد شيئاً آخر، وهو أن يقع في قلب الرائي أن العين لصاحب اليد، فقال: إذا رأيت في يدي رجل ثوباً أو متاعاً، فوقع في قلبك أنه له، ثم رأيته بعد ذلك في يدي غيره، وسعك أن تشهد أنه للأول، وإن لم يقع في قلبك أنه له برؤيتك إياه في يده، لم يسعك أن تشهد أنه له، وهكذا رُوي عن أبي يوسف؛ وهذا لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة، فإن تعذر اعتبار علم اليقين، أمكن اعتبار علم القلب، وعن هذا قلنا: إذا رأى درة في يد كناس أو حجام، أو رأى كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل لذلك، لا يحل له أن يشهد بالملك له؛ لأن الذي يسبق إلى قلب كل أحد أنه كاذب في دعواه أنه له، وأبو حنيفة لم يشترط ذلك في رواية كتبه رُوي عنه أنه قال: إذا كانت الدار أو العبد أو الثوب في يدي رجل، وسعك أن تشهد أنه له، ولم يقل: ووقع في قلبك أنه له.

وذكر الصدر الشهيد حسام الدين في "شرح الجامع" في آخره: أنه لا يحل له الشهادة بمجرد اليد، وإنما يحل له إذا رآه في يده يتصرف فيه، وكان الفقيه أبو القاسم الصفار يقول: إن كان الكون في يده على مرّ الزمان، وكانت الشبهة عنها مرتفعة، ولم يكن رأى هناك خصماً يخاصم فيها، فللشاهد أن يشهد، وذكر القدوري في شرحه عن أبي حنيفة ورأي أبي يوسف: إذا رأى الرجل في يدي رجل شيئاً، وعلم أنه له بمعرفته بالقلب، ومكث ذلك عنده زماناً، فليشهد له بذلك

قال القدوري: وإنما يعتبر أن يبقى في يده زمناً ليحصل تصرفه تصرف المالكين، فيغلب على الظن أنه له، وشرط الخصاف شرطاً أخرى لم يشترط أحد تلك الشرائط، فقال: إنه يشهد على الملك إذا رآه في الدار يرمها ويبني فيها، ويسكن فيها، ويؤاجرها، ويحدث فيها أشياء لا يتصرف أحد على يده في ذلك، ويقال فيما بين الناس: إن هذا

ملكه.

وبعض مشايخنا شرطوا شرطاً آخر، وهو أن يدعي ذو اليد الملك لنفسه، بأن يقول حال ما رآه في يده: هذا ملكي. فأما إذا لم يعلم منه دعوى الملك حال ما رآه في يده، فإنه لا يشهد له بالملك، وإن رآه يتصرف فيه، وفي الأصل لم يشترط هذا الشرط في بعض هذه المسائل، وقال: في مسألة منها، ولم يقل: هو لي.

١٤٨٥٨- وصورة ذلك: إذا رأى ثوباً في يد رجل، ولم يقل هو ثوبي، ثم ادعاه رجل، وسعه أن يشهد أنه ثوبه، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يقول: لا بد لحل الشهادة من أن يقع في قلب الرائي أنه ملكه، وكان يقول: وإن رآه يتصرف فيه، والناس يقولون: إنه ملكه إلا أنه وقع في قلب الرائي، أنه ملك غيره لا ملكه، وإنه متصرف في ذلك بأمر ذلك الغير لا يحل له أن يشهد بالملك، وعليه فتوى كثير من مشايخنا.

ثم هذه المسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن يعاين الشاهد المالك والملك، بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه، وعرف الملك بحدوده وحقوقه، ورآه في يده يتصرف تصرف الملاك، ويدعي أنه له، ووقع في قلبه أنه له، حل له أن يشهد بالملك؛ لأن هذه شهادة عن علم وبصيرة، وإن لم يعاين المالك ولا الملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان ابن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وكذا، لا يحل له أن يشهد له بالملك؛ لأنه مجازف في هذه الشهادة، وإن عاين المالك، وعرفه معرفة تامة، ولكن لم يعاين الملك، بأن سمع من الناس أن لهذا الرجل في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وكذا، وهو لم يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها، لا يحل له أن يشهد له بالملك، وإن عاين الملك دون المالك، بأن عاين ملكاً محدوداً ينسب هذا الملك إلى فلان ابن فلان الفلاني، وهو لم يعاين فلاناً بوجهه، ولا يعرفه بنسبه، فالقياس أن لا تحل له الشهادة

وفي الاستحسان: يحل؛ لأن الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع، فكانت هذه شهادة معلومة للعموم يوضحه أن صاحب الملك ربما يكون امرأة لا تبرز ولا تخرج، فلو اعتبرنا تعرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك، ليطل حقها، فاكتفى به بالتسامع، فهذا سمع أن هذه الضيعة لفلانة، وفي يدها ووقع في قلبه أن الأمر كما

سمع، حل له أن يشهد بالملك لها. كذا ذكر الخصاف في أدب القاضي.

١٤٨٥٩ - قال في المنتقى: إذا رأيت رجلا على حمار يوماً، لم يشهد أنه له، ولو رأيته على حمار خمسين يوماً أو أكثر، ووقع في قلبي أنه له، شهدت أنه له، ولو وقع في قلبي أنه عارية ما شهدت له.

١٤٨٦٠ - قال محمد في المنتقى: إذا رأيت ثوبا أو متاعا(١) في يدي رجل، فوقع في قلبك أنه له، ثم رأيته بعد ذلك في يدي غيره، فشهد عندك(٢) شاهدان عدلان أنه للذي في يديه اليوم كان دفعه الأول بمحضر منهما، لم يسعك أن تشهد أنه للأول، قال: لأنه إذا شهد العدلان بما وصفت لك، لم يقع في قلبك، فلا يسعك أن تشهد للأول، وإن شهد بذلك عدل واحد، وسعك أن تشهد أنه للأول، ما لم يقع في قلبك أنه صادق، يعني هذا الشاهد، وإذا وقع في قلبك أنه صادق، فلا تشهد به للأول؛ لأن الذي وسعك أن تشهد به للأول، فكأنه قد زال عن قلبك بهذه الشهادة، فكأنه لم يقع في قلبك قط أنه للأول.

١٤٨٦١ - وفي شرح شهادات الجامع: أن من عاين دابة تتبع دابة، وترضع منها، حل له أن يشهد بالدابة المرتضعة لصاحب الدابة الأخرى وبالنتاج، وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح دعوى الأصل، والله أعلم.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٨٦٢ - قال محمد: ولا يجوز الشهادة على الأملاك، وعلى أسبابها نحو البيع والهبة والصدقة بالشهرة والتسامع، وتجوز الشهادة بالشهرة والتسامع في أربعة أشياء: النسب، والنكاح، والقضاء، والموت، والقياس في هذه الأشياء أيضاً أن لا تحل الشهادة بالتسامع؛ لأن شرط جوازها علم معاينة، قال عليه السلام: "إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع"، فقد شرط لحل الشهادة علم معاينة؛ لأن العلم بالشمس علم معاينة، ولم يوجد، إلا أنا استحسنا، وجوزنا الشهادة بالشهرة والتسامع في هذه

(١) هكذا في ط، وكان في ب: أو متاعا.

(٢) هكذا في ب، وكان في ط: فشهد شاهد عدل أنه للذي.

الأشياء الأربعة للتوارث والتعامل بين الناس ، ولأنه يتعذر الوقوف على حقيقتها ، فاكتفي فيها بالدليل الظاهر ، وهو الشهرة والتسامع ، فإنه اقترن بهذه الأشياء ما يوجب الشهرة ، والشهرة أقيمت مقام العيان في بعض الصور ، كما في باب الأخبار ، فإن الأخبار إذا اشتهرت من رسول الله ﷺ كانت بمنزلة المسموع منه عليه السلام ، حتى جاز التخصيص ، والنسخ بها ، ثم الشهرة التي تقوم مقام المعاينة الشهرة في الطرفين ، فإن الأصل في هذا الباب إخبار النبي عليه السلام ، وإنما يثبت حد الشهرة لإخبار النبي عليه السلام بوجود حد التواتر في طرفين ، أما في طرف الأول والأوسط ، أو في طرف الأوسط والآخر ، أو في طرف الأول والآخر ، وفي هذه الأشياء وجد الاشتهار في طرفين أيضًا ، في طرف الوقوع وفي طرف البقاء ، فيقام الشهرة فيها مقام المعاينة .

١٤٨٦٣ - جئنا إلى بيان صور هذه المسائل ، فأما النسب فصورته : إذا سمع الرجل من الناس أن فلانًا ابن فلان الفلاني وسعه أن يشهد بذلك ، وإن لم يعاين الولادة على فراشه للتوارث والتعامل ، فإنا نشهد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بن أبي قحافة وعمر رضي الله بن الخطاب وعثمان رضي الله عنه بن عفان وعلي رضي الله عنه ابن أبي طالب ، ونحن ما رأينا أبا قحافة ولا خطابًا ولا عفانًا ولا أبا طالب ، وما أدركناهم ، وكذلك الغلام متى إذا أدرك يسمع الناس يقولون : فلان ابن فلان ، ولم يدرك هذا الغلام أباه ، فإنه يشهد أنه فلان ابن فلان .

ولأن سبب النسب العلوق منه ، وإنه لا يمكن الوقوف عليه حقيقة ؛ لأنه أمر باطن لا يعلمه إلا الله تعالى ؛ وسبب العلوق وهو الوطء يكون سرًا من الناس لا يعرفه إلا الواطئان ، والولادة لا يعرفها غير القابلة ، فتعذر الوقوف على حقيقته ، فلم يكلف الشهود معرفة حقيقته ، واكتفي فيه بالدليل الظاهر ، وهو الشهرة وقوعًا وبقاء ، والنسب يشتهر وقوعًا وبقاء .

أما وقوعًا فإن الولادة يكون بين جماعة من النسوان غالبًا ، ثم يهنى بعد ذلك لأجلها ، ويتخذ لذلك وليمة ، وهو العقيقة ، وأما بقاء فلأن بمضي الزمان يشتهر سببه فيما بين الناس ، فيقولون : هذا بن فلان ، فيقوم مقام المعاينة .

١٤٨٦٤ - وأما النكاح فصورته : إذا رأى رجلا يدخل على امرأته وسمع الناس

أن فلانة زوجة فلان، يسعه أن يشهد أنها زوجته، وإن لم يعاين عقد النكاح للتوارث، فإنا نشهد أن عائشة رضي الله عنها كانت زوجة النبي ﷺ، وفاطمة كانت زوجة علي رضي الله عنهما، ولم يعاين نكاحهما؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأن جواز النكاح يبتنى على الملة بدليل أن نكاح المرتد لا يجوز، وأنه أمر في باطنه؛ لأن اعتقاده لا يقف على حقيقته غير الله تعالى، فاعتبرنا الظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة، فاكتفيا بالشهرة والتسامع فيه، فالنكاح مشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فإنه يكون بمحضر من الشهود، ويتخذ للملك وليمة، وأما بقاء فلأن الناس يرونه يدخل عليها، وينفق عليها، كما يفعل الأزواج، ويقولون في ما بينهم: هذا زوج هذه.

١٤٨٦٥ - وأما القضاء فصورته: إذا رأى رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق، وسمع من الناس أنه قاضي هذه البلدة، وسعه أن يشهد أن قاضي بلدة كذا قضى لفلان، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه قضاء هذه البلدة للتوارث، فإنا نشهد أن شريحًا كان قاضيًا، وعليا كان قاضيًا، ولم ندركهما، ولم نعاين تقليدهما؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأن صيرورته قاضيًا يبتني على الملة، فإنه إذا كان مسلمًا صلح قاضيًا، وتفذ قضاءه بين المسلمين، وإلا فلا، وهذا في اعتقاده لا يطلع عليه إلا الله، فاعتبر الظاهر، وهو الشهرة وقوعًا وبقاء، فالقضاء يشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فلأن التقليد غالبًا يكون بين يدي جماعة، وبعد ذلك يكتب له منشور، ويقرأ على رؤوس الخلائق، ويجتمع الناس إليه كل يوم لفصل الخصومات بينهم، وذلك يفيد من العلم مثل ما يفيد من العيان، فجازت الشهادة عليه بالشهرة.

١٤٨٦٦ - وأما الموت فصورته: إذا سمع الناس يقولون أن فلانًا مات، أو رآهم صنعوا به ما يصنع بالموتى، يسعه أن يشهد على موته، وإن لم يعاين ذلك، للتوارث، فإنا نشهد أن رسول الله توفي، وتوفي الصحابة، ولم ندرك وفاتهم، ولم نعاين ذلك؛ ولأنه تعذر الوقوف على حقيقته؛ لأنك ترى إنسانًا عليه زي الموتى وسيماهم وهو حي حقيقة كالذي أخذته السكتة ونحوه، وترى آخر في صورة أحياء وهو ميت حقيقة، كما كان سليمان صلوات الله عليه مات، ومضى عليه زمان طويل، ولا يعلم به أحد من أصحابه، فإذا تعذر الوقوف على حقيقته اكتفينا بالظاهر، وهو الشهرة وقوعًا وبقاءً، فالموت يشتهر وقوعًا وبقاء، أما وقوعًا فإن الموت يكون بمحضر جماعة من الناس، وبعد

ذلك يجتمع الناس للصلاة عليه، ولدفنه وتعزيته، فيكتفي بها جواز أداء الشهادة عليه بالتسامع؛ ولأن لهذه الأشياء أحكامًا تبقى بعد انقضاء قرون، فلو لم تجوز الشهادة بالتسامع لتعطلت تلك الأحكام.

قال ابن سماعة عن محمد في الموت إذا أخبرك واحد عدل بالموت، وسعك أن تشهد به، وأما في النسب، فلا يسعك أن تشهد به حتى يشهد عندك عدلان، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وعلى قول أبي حنيفة هذا على ما يقع في القلب، وهكذا روى بشر بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يحل له أن يشهد بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة.

والجواب في النكاح والقضاء نظير الجواب في النسب، فقد فرقوا جميعًا بين الموت وبين الأشياء الثلاثة، فاكتفوا بخبر الواحد في الموت دون الأشياء الثلاثة.

ووجه الفرق أن الموت قد يتحقق في موضع لا يكون ثمة إلا واحد، فلو قلنا بأنه لا يسع الشهادة على الموت بإخباره، ضاعت الحقوق المتعلقة بالموت، وبطلت، بخلاف هذه الأشياء الثلاثة؛ لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة الاثنين، وتقليد الإمام القضاء يكون بين الجماعة في الغالب. وكذلك الولادة، فاشتراط العدد فيها لا يؤدي إلى تضييع الحقوق.

وكان الفقيه أبو جعفر البلخي يفرق بين الموت والنسب من حيث إن الموت مما يعاين، فقد أخبر عن عيان، فكان فيه زيادة قوة، فلا يشترط فيه العدد. فأما النسب فلا يتصور فيه المعاينة، فتمكن في خبره نوع شبهة، فلا يكتفى فيه بقول الواحد.

ومن المشايخ من قال: لا فرق بين الموت والنسب والقضاء والنكاح، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع، موضوع مسألة الموت أنه أخبره واحد عدل موثوق به، ولم يذكر العدل والموثوق في الأشياء الثلاثة، ولو كان الواحد المخبر في الأشياء الثلاثة عدلا موثوقًا به، حل له أن يشهد، ومنهم من قال بالفرق، والفرق ما ذكرنا.

ثم عند أبي يوسف ومحمد تجوز الشهادة بخبر المثنى في النسب والقضاء والنكاح، وعلى قول أبي حنيفة: إنه لا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر.

وجه قولهما : إن خبر الاثنين العدلين حجة مطلقة لو شهدا به عند القاضي ، قضى بشهادتهما ، فإذا شهد عنده حل له أداء الشهادة أيضاً ؛ لأن جواز الشهادة يبتني على العلم ، كما أن جواز القضاء يبتني على العلم ، فإذا جاز القضاء بهذا العلم ، فلأن يجوز الشهادة به والقضاء أقوى ؛ لأن فيه إلزام الولي ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بأن جواز الشهادة يبتني على العلم ، وبخبر المثنى لا يحصل العلم ، لبقاء شبهة الكذب في خبرهما ، وإن كانا عدلين ، فأما بخبر الجماعة التي لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، يحصل العلم بحيث لا يشك السامع في وجود المخبر به ، فإذا أخبره جماعة يحصل له العلم بخبرهم ، ويقع في قلبه صدقهم ، حل له أداء الشهادة ، وإلا فلا يحل له .

ثم في الأشياء الثلاثة إذا ثبت الشهرة والاستفاضة عندهما بخبر عدلين ، يشترط أن يكون الإخبار بلفظة الشهادة ، كذا ذكره الخصاف وشيخ الإسلام ، وبه أخذ الصدر الشهيد برهان الأئمة جدّي ؛ لأن لفظة الشهادة توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبه لفظة الخبر ، ألا ترى أن القاضي لا يقبل ما لم يأت الشاهد بلفظة الشهادة ، وفي فصل الموت لما ثبت الشهرة بخبر الواحد بالإجماع ، لا يشترط فيه لفظة الشهادة ، بل يكتفى فيه بمجرد الإخبار ، إما لأن لفظة الشهادة من الواحد لا يوجب زيادة العلم حتى لا يقضي القاضي بها ، أو لأنه لما سقط اعتبار العدد ، وتأثير العدد في إفادة زيادة العلم أكثر من تأثير لفظة الشهادة لأن يسقط اعتبار لفظة الشهادة أولى .

وأما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع ، ذكر الخصاف في "أدب القاضي" : أنه يجوز ؛ لأن هذا أمر يشتهر ، ويتعلق به أحكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان ، بخلاف الزنا ، حيث لا تجوز الشهادة فيها بالتسامع ؛ لأن الزنا فاحشة ، والشهادة بالتسامع إنما جاز احتيالاً لإحياء حقوق الناس ؛ لأن الذين عاينوا لو ماتوا ، مضى عليه قرن بعد قرن ، لو لم تجز الشهادة بالتسامع أدى إلى إبطال حقوق الناس ، والفاحشة لا يحتال إلى إثباتها

وأما الشهادة على المهر بالشهرة والتسامع فقد ذكر في نكاح "المنتقى" : أنه يجوز ، وهكذا ذكر في شهادات "المنتقى" ، وصورة ما ذكر في الشهادة قال هشام : سمعت محمداً يقول في قوم خرجوا من ملاك رجل ، وفي الخارج قوم لم يشهدوا الملاك ،

فأخبروهم أنه أوجبت على كذا من المهر، وسع للخارجين أن يشهدوا بالمهر، ويؤدون الشهادة على أن المهر كذا وكذا، ولو قالوا: سمعنا الذين شهدوا الملاك يقولون: المهر كذا وكذا، لا تقبل شهادتهم.

١٤٨٦٧ – وفي الإملاء عن محمد: أن الشهادة على المهر بالشهرة لا تجوز، وأما الشهادة في الأملاك لا تحل بالشهرة والتسامع في قول علمائنا إلا في فصل واحد، ذكرها الخصاف في أدب القاضي، وقال الشافعي: يحل، وأجمعوا على أن الشهادة بالشهرة والتسامع في أسباب ملك اليمين لا يحل، كالبيع والهبة والصدقة، وذهب الشافعي في ذلك إلى أن الشهرة والاستفاضة تحقق في الأملاك، كما تحقق في الأشياء الأربعة، فإنه يقول: غصب، كانت ناقة رسول الله ﷺ، وهذا دار أبي نعمان، ودار المصاحفية، كما في النسب يقول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب، والشهرة والاستفاضة أقيم مقام العيان، كما في الأشياء الأربعة، بخلاف الأسباب من البيع وغيره؛ لأنها لا تبقى في نفسها لتشتهر؛ لأنها كلام قد انقضى ومضى وقوعًا قد يشتهر، وقد لا يشتهر، فإنه قد يقع بين جماعة، وقد لا يقع، فلا تثبت الشهرة والاستفاضة في حق الأسباب، فأما الملك فإنه يبقى، وما يبقى اشتهر واستفاض.

وعلماؤنا ذهبوا في ذلك إلى أن الشهرة أقيمت مقام العيان فيما يشتهر وقوعه وبقاءه، والاشتهار في الأملاك إن كان يوجد بقاءً لا يوجد وقوعًا في الغالب، وقد يشتهر وقوعه، وقد لا يشتهر، والشهرة إنما تقوم مقام العيان فيما يشتهر وقوعًا وبقاءً، بخلاف الأشياء الأربعة؛ لأنها تشتهر وقوعًا وبقاءً في الغالب، فيثبت حد الشهرة في الأشياء الأربعة، والشهرة أقيمت مقام العيان، كما في الأخبار.

١٤٨٦٨ – ولو شهد شاهدان أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا لابنه هذا، لا نعلم له وارثًا آخر، إلا أنهما لم يدركا فلانًا الميت، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان بالملك للميت بالشهرة والتسامع، بيانه أن الوراثة خلافة، فما لم يثبت الملك للميت لا يتصور فيه الخلافة للوارث والشهود، وإذا لم يدركا الميت لم يعاينا سبب الملك في حقه، ولا اليد المتصرفة، فتعين أن تكون الشهادة بالشهرة والتسامع، والشهادة على الملك بالشهرة والتسامع لا تجوز.

١٤٨٦٩ - وأما الشهادة على الوقف، هل تحل بالشهرة والتسامع؟ فلا رواية لهذا، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: يحل بالشهرة والتسامع؛ لأنه مما يشتهر وقوعًا في الغالب وبقاء لا محالة، فصار كالأشياء الأربعة.

وبعضهم قالوا: لا يحل؛ لأنه إن كان يشتهر بقاء، فإن ما بقي اشتهر لا يشتهر وقوعًا لا محالة، وقد يشتهر، وقد لا يشتهر؛ لأن الواقف قربة يتقرب بها إلى الله تعالى، والإخفاء بالقرب أكثر من الإعلان بها، فيصير بمنزلة الأملاك من هذا الوجه.

ومن مشايخنا من قال: تحل الشهادة على أصل الوقف بالتسامع، أما على شرائط الوقف لا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وهو الأصح؛ لأن أصله يشتهر، أما شرائطه لا يشتهر، وأما الشهادة بالعتق بالشهرة والتسامع لا يحل عندنا، وعند الشافعي يحل؛ لأنه مما يشتهر بقاءه، والشهرة بقاء عنده يكتفي لحل الشهادة، وعندنا لا يكتفي، بل يشترط الشهرة بقاء ووقوعًا، والعتق إن كان يشتهر بقاء لا يشتهر وقوعًا لا محالة؛ لأن العتق قربة، وقد ذكرنا أن الإخفاء بالقرب أكثر من الإعلان بها.

١٤٨٧٠ - وأما الشهادة بالولاء بالشهرة والتسامع لا يحل عند أبي حنيفة ما لم يعاين عتق المولى، وهو قول أبي يوسف الأول، وعلى قوله الآخر يحل، وقول محمد مضطرب، في بعض الروايات مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، فأبو يوسف ذهب في ذلك إلى أن الولاء بمنزلة النسب، قال عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، والشهادة في الأنساب يحل بالشهرة والتسامع، فكذا فيما له حكم النسب، ألا ترى أنا نقول: نافع مولى ابن عمر، وعكرمة مولى ابن عباس، كما يقال: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأبو حنيفة قال: إنما حل الشهادة بالشهرة والتسامع في النسب؛ لأنه يشتهر وقوعًا وبقاءً في الغالب على ما بينا، أما الولاء إن كان يشتهر بقاء لا يشتهر وقوعًا لا محالة في الغالب؛ لأن الولاء يثبت بالعتق، والعتق قد يوقع على سبيل الشهرة، وقد يقع على سبيل الإخفاء؛ لأنه قربة، والإخفاء في القرب التي يتطوع بها أحسن، وإذا كان يشتهر بقاء لا وقوعًا كان الولاء بمنزلة الأملاك من هذا الوجه.

١٤٨٧١ - وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح أدب القاضي للخصاف: أن الشهادة على العتق مختلف فيه بين أصحابنا، كالشهادة على الولاء، قال في كتاب

الأقضية . وأما الولاء فلا تشهد به ، وإن كان مشهوراً إذا كان بعض الورثة الذي
أضيف إليه الولاء يزعمون أنه رقيق لهم عند أبي حنيفة ومحمد ، وإن لم يدعوا رقه
شهدت به ؛ لأنهم إذا ادّعوا رقه ، وهو مدعي الولاء ، فقد أنكروا عليهم حيث ادعى
الولاء بسبب إعتاقه ، فيثبت الملك سببه بإقرارهم ، ولم يثبت الإعتاق مع إنكار الورثة ،
فيحتاجون بعد ذلك إلى زوال الملك الثابت لهم ، ولا تحل الشهادة على ذلك إلا بالمعاينة
للملك . فأما إذا لم يدعوا رقه لم يثبت لهم عليه ملك ، ولا حق ملك ، فبعد ذلك هو يدعي
عليهم الانتساب إلى أبيهم بسبب الولاء ، وهم منكرون ، فتحل الشهادة عليه بالشهرة ،
كما في النسب . وإذا شهد شاهدان على موت الرجل ، فهذا على وجهين : إما إن أطلقا
الشهادة إطلاقاً ، ولم يفسرا شيئاً ، أو قالا : لم نعاين موته ، إنما سمعنا من الناس ، ففي
الوجه الأول تقبل شهادتهما ، ويحمل على سبب يطلق لهما أداء الشهادة ، وهو الشهرة
أو المعاينة .

وفي الوجه الثاني إن لم يكن موت فلان مشهوراً ، لا تقبل الشهادة بلا خلاف ؛
لأن المطلق لأداء الشهادة على الموت المعاينة أو الشهرة ، ولم توجد المعاينة بإقرارهما ،
والشهرة لم تثبت بقولهما سمعنا من الناس ؛ لأن السماع قد يكون على وجه تثبت به
الشهرة بأن سمعا من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ، أو سمعا من واحد
عدل ، وقد يكون على وجه لا تثبت به الشهرة ، بأن سمعا من واحد غير عدل ، أو من
جماعة ليسوا بعدول ، فلهذا لا تقبل الشهادة ، وإن كان موت فلان مشهوراً .

ذكر في "الأصل" وفي "كتاب الأقضية" أنه تقبل الشهادة ، وكذا ذكر الخصاف
في "أدب القاضي" . وقد قال بعض مشايخنا : لا تقبل شهادته . وبه أخذ الصدر الشهيد
حسام الدين ، وإن قالا : نشهد أن فلاناً مات ، أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يثق به
جوزت شهادتهما ، هكذا ذكر في "كتاب الأقضية" ؛ لأنهما بيّنا شيئاً هما عند وجوده
يطلق لهما أداء الشهادة ، فلا يكون قدحاً وطعناً في شهادتهما ، وهذا فصل اختلف فيه
المشايخ ، بعضهم قالوا : لا تجوز هذه الشهادة ؛ لأنهما ما أسندا هذه الشهادة إلى دليل
يوجب العلم قطعاً ، وبعضهم جعلوا شرط جواز الشهادة ما قلنا من نص الكتاب ، فإن
اكتفى بها الدليل مع هذه الشبهة ؛ لإطلاق أداء الشهادة لا يدل على أنه إذا بيّن للقاضي
أن القاضي يكتفي به ؛ لأن الضرورة تحققت في حق الشاهد ، لا في حق القاضي

ونظيره أن من رأى شيئاً في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك، حل له أن يشهد بالملك لذي اليد، ولو شهد عند القاضي، وقال: إن هذا لفلان ملكه؛ لأني رأيته في يده يتصرف فيه تصرف الملاك، لا تقبل شهادته؛ لما ذكرنا. كذا هنا، وقد عثرنا على الرواية أنه يجوز الشهادة، وهي رواية كتاب الأقضية.

وكذلك إذا قالا: دفناه أو شهدنا جنازته؛ لأنه لا يدفن إلا الميت، ولا يصلى على الجنازة إلا الميت، فكانت شهادة بالموت، فتقبل هذه الشهادة، ولا يقال: بأن هذه الشهادة شهادة على فعل غيره، فلا تقبل؛ لأنا نقول: المشهود به في الحقيقة الموت، وإنه ليس من فعلهم، فلا يمنع قبول الشهادة.

وههنا مسألة عجيبة لا رواية فيها أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد، ولو شهد عند القاضي، لا يقضي بشهادته ماذا يصنع؟ قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله، فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، حتى يقضي القاضي بشهادتهما.

١٤٨٧٢- وإن جاء خبر موت الرجل من أرض أخرى، فصنع أهله ما يصنع على الميت، لم يسع أحداً أن يشهد على موته إلا من شهد موته، أو سمع ممن شهد موته؛ لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذباً، وقد يفعل الورثة لغرض مثل هذا، فلا يعتمد عليه، حتى يخبره من يثق به عن معاينة، فحينئذ يسعه أن يشهد.

١٤٨٧٣- وإذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان في بيت واحد، وينبسط كل واحد منهما على صاحبه، كما يكون بين الأزواج، وسعه أن يشهد لهما بالنكاح؛ لأن هذا القدر يكفي لتحمل الشهادة بالملك بالعين، فإنه إذا رأى شيئاً في يدي رجل يتصرف فيه تصرف الملاك، وسعه أن يشهد له بملك ذلك الشيء له، فههنا أولى، ألا ترى أن رجلاً يسكن مع امرأة في دار واحدة، وتحدث بينهما أولاد، وخاصمته في النفقة، أو طلقها ثم راجعها، ويقضي القاضي بذلك، أو ظاهر منها، وكفر ثم مات، وجحدت ورثته ميراثها، وأنكروا النكاح، ألم يسع الجيران، ومن معهم في الدار أن يشهدوا أنها امرأته؟ وهذا لأن بعد هذا النوع من الاشتهار الذي يقع في قلب كل أحد قيام النكاح بينهما لو لم تجز الشهادة على النكاح مع هذه القرائن، ومضى القرن الذين عاينوا

الفصل الثاني

في أقسام الشهادة وفي شهادة النساء

أقول: ما يجري في حقوق الناس فيما بينهم من الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالنفس وكفالة الأموال والإبراء وقضاء القاضي، وكتاب القاضي إلى القاضي، والوكالات والرهون والوصايا، شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، والقياس في ذلك كله أن يكتفى بشهادة الواحد إذا كان عدلاً لأن رجحان الصدق في شهادته لعدالته، والصدق واجب القبول، وبانضمام شاهد آخر لا يزداد ذلك الصدق في حق الأول، لكن عرفنا اشتراط العدد بالنصوص، منها قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ وقوله تعالى: ﴿واستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ وقال الله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾، وقال عليه السلام: ليس لك إلا شاهداك أو يمينه، وتقدير الشرع إما أن يكون لمنع الزيادة، كأكثر مدة الحيض، أو لمنع النقصان، كأقل مدة الحيض والسفر، وهذا التقدير ليس لمنع الزيادة، فيكون لمنع النقصان، ولأن طمأنينة القلب إلى قول المثنى أبلغ منه إلى قول الواحد، وشرط العدد صيانة للحقوق المعصومة لكثرة ما يكون في الخصومات من التلبيس والتزوير.

١٤٨٧٥ - وإذا ثبت أن العدد شرط، فنقول: الشهادات أقسام ثلاثة: في قسم منها يشترط الأربعة، وهو الزنا لما يوجب الحد، عرف ذلك بقوله تعالى: ﴿واستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ولا يشترط ذلك في غيره، وفي قسم منها تشترط رجلان، وهو العقوبات التي تندرئ بالشبهات، نحو القصاص وسائر الحدود ما خلا حد الزنا، حتى لا تثبت هذه الأشياء بشهادة رجل وامرأتين، بدليل ما روي عن الزهري أنه قال: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود.

وفي قسم منها يكتفى بشهادة رجل وامرأتين، وهو المال وما كان من توابع المال، لأن الله تعالى قال في آية المداينة: ﴿فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا

رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾، وإذا ثبت هذا الحكم في المال، ثبت فيما هو تبع المال ضرورة، والحقوق المجردة كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة من هذا القسم، حتى يكتفى فيها بشهادة رجل وامرأتين، بلغنا أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة النساء في النكاح، وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل ذلك.

وكذلك ما يتوقف عليه كمال العقوبة، وهو الإحصان من هذا القسم، حتى يثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا؛ لأن الإحصان عبارة عن خصال حميدة، بعضها مأمور به، وبعضها مندوب إليه، فيثبت بشهادة النساء مع الرجال كسائر الحقوق.

١٤٨٧٦- ولا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما يطلع الرجال عليه بالإجماع، وفيما لا يطلع عليه الرجال تقبل شهادتهن بانفرادهن بالإجماع، والوجه في ذلك أن القياس يأبى كون شهادة النساء حجة؛ لأنه تمكن في شهادتهن زيادة تهمة بسبب الغفلة والنسيان، ويمكن الاحتراز عنها بالرجال، لكن جعلناها حجة فيما يطلع عليه الرجال إذا قامت مع الرجال بالنص، والنص لم يرد بجعل شهادتهن حجة مع الرجال، وقد تمكنت زيادة التهمة في كل الشهادة، وفيما لا يطلع عليه الرجال جعلنا شهادتهن حجة على الانفراد بالنص، فقد روى مجاهد وسعيد ابن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح أن النبي ﷺ أجاز شهادة النساء فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، أي فيما لا يحل للرجال النظر إليه، والمعنى فيه أنا لو لم نجوّز شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال، أدى إلى إبطال حقوق تعلقت بهذه الأسباب، والعدد ليس بشرط عندنا في هذا الباب حتى يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة، وإن كانت امرأتان أو ثلاثة فذلك أحب إليّ.

١٤٨٧٧- وهل يشترط لفظة الشهادة؟ قال مشايخ بلخ ومشايخ بخارا: يشترط، وقال مشايخ العراق: لا يشترط، وأجمعوا على أنه يشترط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام إن قامت على مسلم، وكذلك يشترط العدالة، ذكره شمس الأئمة السرخسي، وإنما لم يشترط العدد عندنا؛ لما روينا من حديث مجاهد وسعيد ابن المسيب.

ووجه الاستدلال به أن النساء اسم جنس، واسم الجنس يتناول الأدنى مع احتمال الكل، فصار تقدير الحديث أن النبي ﷺ أجاز شهادة الواحدة من النساء فيما لا يطلع عليه الرجال.

وفي حديث حذيفة: أن النبي عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة[1]، والمعنى في ذلك أنه إنما أسقط اعتبار الذكورة في هذا الباب مع أن نظر الرجال هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع؛ لأن نظر الجنس أخف فإذا أمكن تحصيل المقصود بالأخف، وهو شهادة النساء، سقط اعتبار الأغلظ، وهو الذكورة، ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية والعدالة؛ لأن نظر المملوك وغير العدل ليس أخف من نظر الحر والعدل، وهذا المعنى يقتضي سقوط اعتبار العدد؛ لأن نظر الفرد أخف من نظر العدد، وكذا لم يسقط اعتبار الإسلام؛ لأن نظر الكافر ليس أخف من نظر المسلم.

جئنا إلى اشتراط لفظة الشهادة، وفيه اختلاف المشايخ على ما مرّ، وجه قول من قال: إن لفظة الشهادة ليست بشرط أن هذا خبر وليس بشهادة، ألا ترى أنه لم يشترط فيه العدد، فلا يشترط فيه لفظة الشهادة.

وجه قول من قال أن لفظة الشهادة شرط: إن هذه شهادة على الحقيقة، وليست بخبر، ألا ترى أنه يقع ملزما على الغير، وكان القياس في أن يشترط العدد، كما في سائر الشهادات، لكن تركنا القياس في اشتراط العدد بحديث مجاهد وسعيد بن المسيب على نحو ما بينا، وأنه يقتضي إسقاط اعتبار العدد، أما لا يقتضي إسقاط اعتبار لفظة الشهادة، بل يقتضي اعتبارها؛ لأن تقدير الحديث شهادة الواحدة من النساء فيما لا يجوز للرجال النظر حجة، ولو نصّ على هذا لسقط اعتبار العدد، ولا يسقط اعتبار لفظة الشهادة؛ لأن النبي عليه السلام سمّاها شهادة، وإنما سمّاها شهادة لما فيها من لفظة الشهادة.

وعبارة بعض مشايخنا في هذا أن هذا أخذ شبها من أصلين من الشهادات بمعنى الإلزام، ومن الأخبار حتى لم يشترط فيه صفة الذكورة، فلشبهه بالشهادات تشترط

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٥٤٣٠، ١٥٤٣٦)، والطبراني في الأوسط (٤٩٩٦)، والدارقطني في سننه (١٠١-١٠٦)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٣٣٩)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٦٤).

لفظة الشهادة والحرية والبلوغ عن عقل، ولتشبيهها بالإخبار لم يشترط فيه العدد عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

وإن كان مكان المرأة رجل واحد، والحادثة مما لا يطلع عليها الرجال، لم يذكر هذا الفصل في الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن شهادة الرجال أقوى من شهادة النساء، فإذا قبلت شهادة المرأة الواحدة في هذا الباب، فشهادة الرجل الواحد أولى.

وبعضهم قالوا: لا تقبل؛ لأن القياس أن لا تكون شهادة المرأة الواحدة حجة فيما لا يطلع عليه الرجال، كما في سائر الشهادات، وإنما جعلناها حجة بالنص الذي روينا، والنص الوارد بجعل شهادة المرأة الواحدة حجة فيما لا يطلع عليه الرجال لا يكون وارداً بجعل شهادة الرجل الواحد حجة؛ لأن في حق الرجل نص بخلافه، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾(١).

ثم من يجعل شهادة الرجل الواحد حجة في هذا الباب من المشايخ اختلفوا فيما بينهم، قال بعضهم: إنما تقبل شهادته إذا قال: فاجأتها واتفق نظري إليها، أما إذا قال: تعمدت النظر إليها، لا تقبل شهادته؛ لأنه يصير فاسقاً بالنظر إليها متعمداً، وقال بعضهم: تقبل وإن تعمد النظر إليها، كما في الزنا.

١٤٨٧٨ - وأما شهادة النساء بانفرادهن على استهلال الصبي، وهو صياح الولد بعد الانفصال عن الأم، أو على تحرك عضو من أعضائه بعد الانفصال عن الأم مقبولة في حق الصلاة عليه بالإجماع؛ لأنه أمر من أمور الدين، فأما في حق الميراث فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل، ويشترط شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل شهادة امرأة واحدة إذا كانت عدلة، فهما يقولان: استهلال الصبي صياحه عند الولادة وتلك الحالة لا يحضرها الرجال، وفيما لا يطلع عليه الرجال شهادة المرأة الواحدة حجة، ألا ترى أنه تقبل شهادتها في حق الصلاة عليها، وأبو حنيفة يقول: الاستهلال صوت مسموع، وفي السماع الرجال يشاركون النساء، وكذلك تحرك الولد أمر مرئي، وفي الرؤية الرجال والنساء سواء، وفيما يطلع

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢

الرجل عليه شهادة النساء بانفرادهن ليست بحجة ، وإن وقع ذلك في حالة لا يحضرها الرجال ، كشهادة النساء على الجراحات في حمّامات النساء .

وأما شهادتهن على تحرك الولد قبل الانفصال عندهما ، وشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين على تحرّك الولد قبل الانفصال ، أو على تحركه حالة الانفصال عند الكل ، لا تقبل ؛ لأن تحرك الولد قبل الانفصال قد يكون بحياة نفسه ، وقد يكون بحياة الأم ، إلا أنه ينفصل ميّتا ، وكذلك حالة الانفصال قد يكون تحركه بحياة نفسه ، وقد يكون بانتقاله من موضع إلى موضع ، فلا يدل ذلك على حياته ، أما بعد الانفصال ، فتحري لا يكون إلا بحياة نفسه .

الفصل الثالث
في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل

١٤٨٧٩ - يجب أن يعلم أن العدالة شرط لتصير الشهادة واجبة القبول؛ لأنه ما لم يظهر الحق عند القاضي للقاضي لا يجوز له القضاء به، فضلاً عن الوجوب، وظهور الحق بالشهادة باعتبار صدق الشهود، ودليل صدق الشهود العدالة، وتكلم العلماء في تفسير العدل، منهم من ضيّق فيه غاية التضييق، فشرط انزجار الشاهد عن جميع المحظورات حتى قال: من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته، ومن مشى على سور المدينة سقطت عدالته؛ لأنه مشترك بينه وبين غيره، فلا يجوز له أن يمشي عليه من غير رضا ذلك الغير.

وعن ابن المبارك أنه قال: من غلبت حسناته على سيئاته قبلت شهادته. وقال إبراهيم النخعي: العدل من المسلمين من لم يطعن عليه في بطن أو فرج، أراد بعدم الطعن في البطن أن لا يقال: إنه آكل مال الربا، أو آكل مال المغصوب وما أشبهه، وأراد بعدم الطعن في الفرج أن لا يقال: إنه زانٍ، وما أشبه ذلك، فخص موضع الطعن فيهما وغيرهما توابع، فإذا سلم عنهما، وسلم عن توابعهما، كان عدلاً مقبول الشهادة.

وقال الشعبي: العدل من لم يعلم منه خربة في دينه أو فساد في دينه، وقال أبو جعفر الهندواني في العدل: من كان منزجراً عن الكبائر، مميزاً متيقظاً تغلب حسناته على سيئاته.

وحكي أن عبد الله بن سليمان وزير المعتضد بالله سأل القاضي أبا حازم عن العدل في الشهادة، فقال: أحسن ما قيل في هذا الباب ما نقل عن أبي يوسف القاضي: إن العدل في الشهادة أن يكون مجتنباً عن الكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، وأن يستعمل الصدق ديانة ومروءة، ويجتنب عن الكذب ديانة ومروءة.

١٤٨٨٠ - والحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب زوال العدالة، وارتكاب الصغيرة لا يوجب زوال العدالة؛ لأن ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور؛ لأن حرمة ما ارتكب من الكبيرة كحرمة شهادة الزور، فإذا ارتكب كبيرة مع اعتقاده حرمتها، يتهم أنه يرتكب شهادة الزور أيضًا، قياسًا واستدلالًا بها. فأما ارتكاب الصغيرة لا يدل على شهادة الزور؛ لأن شهادة الزور كبيرة، والإنسان قد يجتنب عن الكبائر، ولا يجتنب عن الصغائر، فارتكاب الصغائر لا يدل على شهادة الزور، فلا يوجب زوال العدالة، ولا يكون جرحًا إلا أن يصر على ذلك؛ لأن الصغيرة تصير كبيرة بالإصرار على ما قال عليه السلام: «لا صغيرة مع الإصرار، ولا كبيرة مع الاستغفار».

وحكي عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسي أنه قال: الناس لا يجتنبون عن ارتكاب الصغائر، ولا يجتنبون عن إتيان ما هو مأذون به في الشرع، فيعتبر في ذلك الغالب؛ يريد به في حق الصغائر؛ فإن كان غالب حاله أنه يأتي بما هو مأذون به في الشرع، ويحترز عما لا يحل له في الشرع من الصغائر، كان جائز الشهادة مع أن كان يحترز عن الكبائر، وإن كان غالب حاله أنه لا يحترز عن الصغائر، لا يكون جائز الشهادة، وإن كان يأتي بما أذون به شرعًا.

١٤٨٨١ - ثم اختلفوا في تفسير الكبائر، قال بعضهم: هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ في الحديث المعروف، وهو الشرك بالله تعالى، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير الحق، وبهت المؤمن، والزنا، وشرب الخمر، وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث، وزاد بعضهم على السبع التي ذكرها: أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير الحق.

وقال بعضهم: ما ثبت حرمته بنص القرآن فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما يوعد عليه بنار جهنم فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما فيه حد أو قتل، فهو كبيرة، وقال بعضهم: ما كان حرامًا لعينه، فهو كبيرة، وما كان حرامًا لغيره، فهو صغيرة، والأصح ما نقل عن الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني، أنه قال: ما كان شنيعًا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين، فهو من جملة الكبائر، وكذلك ما فيه نبذ المروءة والكرم، فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور،

والحث عليهما من جملة الكبائر، يوجب سقوط العدالة، وإذا كان عد الكبائر هذه الأشياء، كان ما عداها من جملة الصغائر.

١٤٨٨٢ - قال الخصّاف في «أدب القاضي»: إذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافًا بذلك، أو مجانة أو فسقًا، لا تجوز شهادته، لم يرد بهما الاستخفاف بالدين؛ لأن الاستخفاف بالدين كفر، بل أراد به أن لا يستعظم تفويت الجماعة، كما يفعله العوام، وإنما يسقط به العدالة؛ لأن الصلاة بالجماعة ألحقت بالفرائض، ولهذا لو ترك أهل بلدة الصلاة بجماعة قوتلوا عليها بالسلاح، كما لو تركوا فرضًا من الفرائض.

وقد صح أن رجلًا سأل ابن عباس عن رجل يصوم النهار، ويقوم الليل، ولا يحضر الجماعة، فقال ابن عباس رضي الله عنهما: هو في النار، فاختلف إليه ذلك الرجل شهرًا، وكان يسأله، فكان يقول: هو في النار.

١٤٨٨٣ - وقال مكحول: السنة سنتان: سنة أخذها هدى، وتركها لا بأس به، وسنة أخذها هدى وتركها ضلالة، وذكر من جملتها الصلاة بالجماعة، فثبت أنها ملحقة بالفرائض، وتارك الفرض فاسق، فكذا هنا. هذا إذا تركها استخفافًا أو مجانة أو فسقًا، وإن تركها متأولًا، بأن كان الإمام فاسقًا، فكره الاقتداء به، ولا يمكنه أن يصرفه، فصلى في بيته وحده، أو كان ممن يفضل الإمام، ولا يرى الاقتداء به جائزًا، فهذا مما لا يسقط العدالة، أما الأول فلا شك، وأما الثاني فلأنه صاحب هوى، وشهادة أهل الأهواء مقبولة على ما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -

وكذلك شهادة تارك الصلاة في أوقاتها لا تقبل؛ لأن أداء الصلاة في الوقت أداء الأمانة في وقتها؛ لأن الصلاة أمانة، وأداء الأمانة في وقتها لازم؛ ولأن الصلاة في الوقت عهد له عند الله تعالى، قال ﷺ: «من حفظ على الصلاة الخمس في مواقيتها كان له عند الله تعالى عهدًا يؤديه إليه يوم القيامة» وتلا قوله تعالى(١) ﴿إلا من اتخذ عند الرحمن عهدًا﴾(٢)، فإذا ظهرت منه الخيانة في هذه الأمانة بتفويتها عن الوقت، لا يؤمن

---

(١) سورة مريم، الآية ٨٧.

(٢) أخرجه أبو داود في «سننه» (٤٢٧)، وابن خزيمة في «صحيحه» (١٠٤٢)، وسعيد بن منصور

ثم شرط لرد الشهادة أن يكون مقيمًا عليه مشهورًا بذلك، وكذا ينبغي أن تزول العدالة بالأكل مرة، كأكل مال اليتيم؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء كبيرة مع هذا شرط الإدمان، واختلف المشايخ في علته، قال بعضهم: إنما شرط ذلك لأن الإنسان عسى يبتلى بذلك؛ لأن البياعات الفاسدة كلها ربا، ولا يمكنه التحرز عن جميع الأسباب المفسدة للعقد، فقد لا يهتدي إلى ذلك، فلو ردت شهادته إذا ابتلي به مرة، لا يبقى في الدنيا مقبول الشهادة، فلهذا شرط أن يكون مشهورًا بذلك مقيمًا عليه.

وقال بعضهم: بأن الربا ليس بحرام محض؛ لأن الربا مفيد للملك عندنا بعد اتصال القبض به، والملك مبيح للأكل في غير الخمر، وإن كانت حرمة السبب تمنع الأكل، فلم يكن حرامًا محضًا، فكان ناقصًا في كونها كبيرة، فصارت كالملحقة بالكبيرة من هذا الوجه. وهذا لأن حرمة الكذب الشاهد في دينه من الأباطيل يجب أن يكون مثل حرمة شهادة الزور، حتى يستدل به على شهادة الزور، وشهادة الزور حرام محض؛ لأنه كذب، والكذب حرام محض، فارتكاب ما لا يكون حرامًا محضًا لا يدل عليه، قال شمس الأئمة السرخسي: أكل الربا إنما يسقط العدالة إذا أكله مع علمه بكونه ربا.

١٤٨٨٦ - ولا تجوز شهادة مدمن الخمر، فحرمة الخمر ثابتة بالنص، وشرع عليه عقوبة في الدنيا، وهو الحد، فكان من جملة الكبائر، فتسقط به العدالة، ثم شرط الإدمان، ولم يرد به الإدمان في الشرب؛ لأنه لا يطلق، وإنما أراد به الإدمان في النية، يعني يشرب، ومن نيته أنه يشرب بعد ذلك إذا وجده، قال شمس الأئمة السرخسي: ويشترط مع الإدمان أن يظهر ذلك للناس، أو يخرج سكرانًا، فيسخر منه الصبيان، حتى إن شرب الخمر في السر، لا يسقط العدالة.

قال في «الأصل»: ولا تجوز شهادة مدمن السكر، وأراد به في سائر الأشربة سوى الخمر؛ لأن المحرّم في سائر الأشربة السكر فشرط الإدمان على السكر، والمحرّم في الخمر نفس الشرب، فشرط[1] الإدمان على الشرب.

وكذلك من يجلس مجالس الفجور والمجانة والشرب لا تقبل شهادته، وإن لم

(١) هكذا في الأصل و م، وكذا في ط: فيشترط.

يشرب؛ لأنه تشبه بهم، وفيه قال ﷺ: «من تشبه بقوم فهو منهم»[1]؛ ولأنه رضي بصنيعهم، ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم، فلا يحترز عن شهادة الزور.

١٤٨٨٧ - ولا تقبل شهادة المخنث؛ لأن التخنيث معصية، قال عليه السلام: «لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء»[2]، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: وهذا إذا كان تخنيثه باختياره، أو كان يأتي بالأفعال الردية، فأما إذا كان في كلامه تكسر، وفي أعضائه لين بأصل الخلقة، ولا يأتي بشيء من الأفعال الرديئة، فهو عدل مقبول الشهادة.

١٤٨٨٨ - ولا تقبل شهادة من يلعب بالحمام، ويطيرهن؛ لأنه يرتكب ما هو حرام؛ لأن اللعب حرام، قال عليه السلام: «ما أنا من دد ولا الدد مني»؛ ولأنه يصعد الأعالي من السطوح، فيطلع على العورات، وذلك منه فسق؛ ولأن قلبه مع ذلك في عامة أحواله، فيشتد به غفلة.

وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الكفالة في باب الشهادة في الذين إذا كان لا يطيرهن، ولكن يحليهن حتى يخرجن من بيته، لا تقبل شهادته، وعلل فقال: لأنه يأتي بين حمامات حمامات غيره، فيفرخ فيه ثم يبيع ذلك، ويأكل، ولا يعرف حمامته من حمامة غيره، فيصير آكلا حرامًا، ومرتكبًا ما لا يحل.

قال ثمة: وهذا كما قال مشايخنا: إن شهادة صاحب الحمام لا تقبل؛ لأنه ينظر إلى عورات الناس، ويجمع ما شاب الناس للإنزال، ولا يبالي بذلك، ومن المشايخ من قال: لا تسقط عدالته في هذه الصورة، ويستدل باتخاذ الناس بروج الحمامات من غير نكير منكر، وإن كان يمسكهن في بيته، ولا يطيرهن، ولا يخليهن، لا تسقط عدالته بالإجماع.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٠٣١)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٤٠١)، ومعمر في جامعه (٢٠٩٨٦)، وأبو عثمان في كتاب السنة (١٠٢٣٠) والطبراني في الأوسط (٨٣٢٧) وأحمد في مسنده (٥١١٤، ٥١١٥) وعبد بن حميد في مسنده (٨٤٨)، والبيهقي في شعب الإيمان (١١٩٩) وأحمد في الورع (١/١٧٨).

(٢) أخرجه ابن حبان في الثقات (٧٨٩٨) والطبراني في الأوسط (٩٦٣١)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٨/١٠٣).

ولا تقبل شهادة المغني والمغنية إذا كان يسمع[1] الناس ويؤنسهم، هكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي»؛ لأنه ملعون على لسان صاحب الشرع، فيكون ساقط الشهادة لا محالة، قال: فأما إذا كان لا يسمع غيره، ولكنه يسمع نفسه لإزالة الوحشة، قبلت شهادته.

١٤٨٨٩ - يجب أن يعلم بأن التغني لسماع الغير وإيناسه مكروه عند عامة المشايخ، ومن الناس من جوّز ذلك في العُرس والوليمة، ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف في العُرس والوليمة، وإن كان فيه نوع لهو، إنما لم يكن به بأس؛ لأن فيه إظهار النكاح وإعلانه، وبه أمرنا صاحب الشرع، قال ﷺ: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»[2] هكذا التغني.

ومنهم من قال: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان، لا بأس به، وأما التغني لإسماع نفسه، ودفع الوحشة عن نفسه، هل هو مكروه؟ فقد اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: لا يكره، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي، وإنما المكروه على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو، وهذا القائل يحتج بما روي عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك، وهو كان يتغنى، والبراء بن مالك كان من زهّاد الصحابة.

ومن المشايخ من قال: جميع ذلك مكروه، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهرزاده، وهذا القائل يحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة، وهذا لأن اسم الغناء كما ينطلق على الغناء المعروف ينطلق على غيره، قال ﷺ: «من لم يتغن بالقرآن فليس منا»[3] قلنا: وإنشاد ما هو مباح من الأشعار لا بأس به.

---

(١) هكذا في ط و م، وكان في الأصل: «يجمع».

(٢) أخرجه الترمذي في سننه (١٠٨٩)، وابن ماجه (١٨٨٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٣٩٧)، وذكره الحافظ في التلخيص الحبير (٢١٦٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٧٠٨٩)، وابن ماجه في سننه (١٣٣٦)، والدارمي في سننه (١٤٨٩)، والحاكم في المستدرك (٢٠٩٣)، والبيهقي في شعب الإيمان (٢٠٤٧)، وفي الكبرى (٢٢٥٧).

وإذا كان في الشعر صفة امرأة إن كانت امرأة بعينها، وكانت حية يكره، وإن كانت ميتة، أو كانت امرأة مرسلة، لا يكره.

١٤٨٩٠ - وكذلك لا تقبل شهادة النائحات، ولم يرد به التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد به التي تنوح في مصيبة غيرها، واتخذت ذلك مكسبة، وهذا لقوله عليه السلام: «لعن الله النائحات»، ولأنها لما ارتكبت ما لا يحل في الشرع، وهو الغناء والنوح لطمعها في المال، لا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل المال، فذلك أيسر عليها من الغناء والنوح في مدة طويلة.

١٤٨٩١ - وكذلك لا تقبل شهادة من يلعب بالشطرنج، لكن بشرط انضمام إحدى المعاني الثلاث: إذا قامر عليه، أو شغله عن الصلاة، أو أكثر الحلف عليها بالكذب والباطل؛ لأن القمار حرام، وتفويت الصلاة من أعظم الكبائر، واليمين الكاذب من جملة الكبائر، فأما بدون انضمام إحدى المعاني الثلاثة إليه لا تسقط العدالة؛ لأن العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشطرنج، وإباحته عند انعدام هذه المعاني.

وقال مالك والشافعي: يحل، وأبو زيد الحكيم كان يختار قولهما. ذكر شمس الأئمة السرخسي: فخف حكمه، فمباشرته على الانفراد لا يسقط العدالة، ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال، قال عليه السلام: «ملعون من لعب بالنرد»(١)، ومن كان ملعونًا، كيف يكون عدلاً؟!

وإذا كان الرجل يلعب بشيء من الملاهي، وذلك لا يشغله عن الصلاة، ولا عما يلزمه من الفرائض، ينظر إن كان مستشنعة بين الناس، كالمزامير والطنابير، لم تجز شهادته؛ لأن أصحاب هذه الملاهي أهل فسق فيما بين الناس، وإن لم يكن مستشنعة نحو الحداء وضرب القضيب، جازت شهادتهم.

والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ كان في سفر، والحادي يحدو بين يديه، فلم ينهه عن ذلك، فلما طلع الفجر قال عليه السلام: «أمسك فإن هذه ساعة ذكر»(٢)، وكذا القضيب، فإن صوته [illegible]، فلا يوجب سقوط العدالة، قال: إلا أن

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤/ ٣٩٢)، وذكره العجلوني في كشف الخفاء (٢٥٩٧).

(٢) رواه اللالكائي في كرامات الأولياء (١/ ١٦٢)، والشافعي في الأم (٤/ ٢٤٠).

يتفاحش بأن يرقصوا به، فدخل في حد المعاصي والكبائر، فحينئذ تسقط به العدالة.

١٤٨٩٢- وإذا كان الرجل معروفًا بالكذب الفاحش، لم تقبل شهادته، يريد به إذا اعتاد الكذب؛ لأنه إذا اعتاد ذلك، لا يصبر عنه، فلا يؤمن من أن يكذب في هذه الشهادة، وأما إذا كان يقع في أحيانًا، قبلت شهادته؛ لأنه لا يسلم أحد من ذلك، وفي "الأقضية": والذي اعتاد الكذب إذا تاب لا تقبل شهادته؛ لأن من اعتاد الكذب قل ما يصبر عنه.

١٤٨٩٣- وكذلك لا تقبل شهادة الداعر، وهو الفاسق المتهتك الذي لا يبالي بما يصنع؛ لأنه لا يؤمن عليه أن لا يبالي من شهادة الزور، قال محمد في "الأصل": وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: شهادة أهل الأهواء[1] جائزة، قال: وهو قول أصحابنا أجمعين، قال شمس الأئمة السرخسي: ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواه وبين من لا يكفر، وكأنه أراد به أبا يوسف، فقد روي عنه: أنه قال: من كفرته لم أقبل شهادته، ومن أضللته قبلت شهادته، وذكر شيخ الإسلام في "شرحه": وشهادة أهل الأهواء مقبولة عندنا إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا، ويكون عدلا في تعاطيه، وهو الصحيح.

وما ذكر في "الأصل": وهو محمول على هذا، إلا الخطابية، واستدل محمد لبيان ذلك في الكتاب، فقال: أرأيت أصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم الذين ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه لو شهدوا بين يدي علي رضي الله عنه، أكان لا يرد شهادتهم، ولا شك أن مخالفة علي رضي الله عنه بعد عثمان رضي الله عنه بدعة وهوى، فكيف الخروج عليه بالمقاتلة[2]؟ لكن لما كان عن تأويل وتدين لم يمنع قبول الشهادة، فكذا هذا.

ولأنه مسلم عادل في تعاطيه، شهد لغيره من كل وجه، وهو من أهل الشهادة، فتقبل شهادته قياسًا على غير صاحب الهوى، وإنما قلنا: مسلم؛ لأن الكلام في هواه لا يكفر صاحبه، وإنما قلنا: عدل في تعاطيه؛ لأنه لم يرتكب ما هو محرم في دينه واعتقاده

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: الهواء.

(٢) هكذا في الأصل وم، وكان في ظ: بالمقاتلة.

حرمة شهادة الزور، حتى يستدل به على شهادة الزور، وما وُجد من فسق الاعتقاد لا يدل على شهادة الزور؛ لأنه اعتقده مباحًا، فلا يدل على شهادة الزور الذي يعتقده حرامًا، ولأن كانت شهادة الكافر مقبولة على كافر مثله إذا كان عدلاً في تعاطيه، وإن كان فاسقًا من حيث الاعتقاد، وهو الكفر؛ لأن اعتقاده الكفر، وهو يعتقده مباحًا، وإن كان رأس الفسوق لا يدل على شهادة الزور، وهو يعتقده حرامًا في دينه، فكذا هذا.

وليس كالخطابية لأن الخطابية قوم من الروافض، يستجيزون أداء الشهادة بالحلف، ولو تحقق هذا من المسلم لا تقبل شهادته، وإن لم يكن صاحب هوى، فمن صاحب الهوى أولى. وليس كما لو كان ماجنًا في هواه، فإنه لا تقبل شهادته لكونه ماجنًا لا لهواه. فإن غير صاحب الهوى من المسلمين إذا كان ماجنًا لا تقبل شهادته؛ لأن الماجن بين العاقل والمجنون، فإن الماجن من يشبه بعض أقواله وأفعاله أقوال العقلاء وأفعالهم، وبعض أقواله وأفعاله يشبه أقوال المجانين وأفعالهم.

١٤٨٩٤ - ولا تجوز شهادة الرجل على الرجل إذا كانت بينهما عداوة؛ لأن طبع كل أحد داع إلى الانتقام من عدوه، فعسى يريد بهذه الشهادة الانتقام منه، فتمكنت التهمة في هذه الشهادة، فلم تقبل، قالوا: هذا إذا كانت العداوة بينهما في شيء من أمر الدنيا، فأما إذا كانت بسبب شيء من أمور الدين، فإنه تقبل شهادته عليه؛ لانتفاء تهمة الكذب، ولأن من يحمله ديانته على أن يعادي غيره متجاوزه حد الدين، لا يقدم على شهادة الزور مع ما علم من الوعيد بشهادة الزور.

١٤٨٩٥ - وفي «كتاب الأقضية»: إذا أسلم الرجل وهو لا يقرأ القرآن، فشهادته جائزة، يريد بقوله: لا يقرأ القرآن لم يتعلم القرآن للحال، وإنما جازت شهادته لأنه عدل مسلم، وبأن لم يتعلم القرآن للحال لا يصير فاسقًا.

١٤٨٩٦ - وأما شهادة عمال السلطان فهي مسألة «الجامع الصغير»، وقد ذكرنا أنها جائزة من العلماء من قال: أراد به الأمراء؛ لأنه لا يختار للإمارة إلا عدل، وشهادة العدل مقبولة، ولأن نفس العمل ليس بجرح، إنما الجرح هو الظلم؛ لأن العامل إذا كان عدلاً، يستحق به ثوابًا عظيمًا على ما روي عن رسول الله ﷺ: «سبعة يظلهم الله تعالى

يوم لا ظل إلا ظله وذكر فيه إمامًا مقسطًا"(١)، وألا ترى أن الكبراء من الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم كانوا عمالًا، ولو كان نفس العمل جرحًا لتنزهوا عن ذلك.

ومنهم من قال: أراد به عمل الصدقة، وتقبل شهادته إذا كان عدلًا؛ لما بينا أن نفس العمل ليس بجرح؛ لأن الجرح هو الظلم والجور، ويروى عن الحسن البصري أنه قال: لا تجوز شهادة العاشر؛ لأنه هو الذي يأخذ بغير حق وزيادة على قدر الحق.

والحاصل: أن العمال إذا كانوا عدولًا لا يأخذون من الناس بغير حق تقبل شهادتهم، وإن أخذوا بغير حق من الناس، ولم يكونوا عدولًا، فالصحيح من الجواب أنه لا تقبل شهادتهم، وإن كان قد قال بعض المشايخ: بقبولها، وجه الصحيح من الجواب ظاهر، وجه من قال به أن الفسق لا يمنع قبول الشهادة لعينه، بل لمكان تهمة الكذب، والغالب منهم الترفع عن الكذب.

١٤٨٩٧ - وذكر الصدر الشهيد حسام الدين في وديعة الواقعات: أن شهادة الرئيس والجاني في السكة أو في بلده الذي يأخذ الدراهم في الجبايات، والصراف الذي يجمعون الدراهم إليه، ويأخذ طوعًا لا تقبل.

١٤٨٩٨ - وتجوز شهادة الشريك المفاوض لشريكه إذا لم يكن المشهود به مشتركًا بينهما، كالحدود والقصاص والنكاح والوصية؛ لأنها شهادة عدل لغيره من كل وجه، وإن كان المشهود به مشتركًا بينهما لم تقبل؛ لأنه يصير شاهدًا لنفسه في البعض، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، وإذا لم تقبل شهادته لنفسه في نصيبه، لا تقبل لشريكه أيضًا في نصيب شريكه؛ لأن هذه شهادة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلها.

١٤٨٩٩ - وشهادة أحد شريكي العنان لشريكه تقبل فيما ليس من شركتهما، وفيما إذا كان من شركتهما لم تقبل، ذكر المسألة على هذا الوجه في كتاب الأقضية.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٩)، ومسلم في صحيحه (١٠٣١)، والنسائي في سننه (٥٣٨٠)، والترمذي في سننه (٢٣٩١)، وابن خزيمة في صحيحه (٣٥٨)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٨٦)، وأبو عوانة في مسنده (٧٠٢٦)، وأبو نعيم في المسند المستخرج (٢٣٠٤)، والبيهقي في الكبرى (٧٦٦٧)، والربيع في مسنده (٤٨)، ومالك في الموطأ (١٧٠٩)، وأحمد في مسنده (٩٦٦٣)، والطبراني في الأوسط (٦١٣٦)، وغيرها كثير جدًا.

وفي الأصل يقول: شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح؛ لأن ما عدا الحدود والقصاص مشترك بينهما، فكان شاهداً لنفسه من وجه، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، وشهادة أحد شريكي العنان لصاحبه فيما كان من تجارتهما لا تقبل، وفيما لم يكن من تجارتهما مقبولة، ولم يذكر مثل هذا التفصيل في المفاوضة؛ لأن العنان قد يكون خاصاً، وقد يكون عاماً، أما المفاوضة لا تكون إلا في جميع الأموال، وقد عرف ذلك في كتاب الشركة، وعلى قياس ما ذكر شيخ الإسلام في كتاب الشركة: أن المفاوضة تجوز خاصة يجب أن يكون الجواب في المفاوضة على التفصيل الذي ذكرنا في العنان.

١٤٩٠٠ - وشهادة الأجير المشترك مقبولة، وشهادة أجير الوحد للأستاذ لا تقبل استحساناً، سواء كان أجير مياومة أو مشاهرة أو مسانهة.

١٤٩٠١ - وفي كفالة الأصل: لا تجوز شهادة الأجير لأستاذه. وفي كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، والمراد من المذكور في كفالة الأصل الأجير الخاص، والمراد من المذكور في الديات الأجير المشترك.

١٤٩٠٢ - والقياس أن تقبل شهادة أجير الوحد أيضاً؛ لأنه عدل شهد لغيره من كل وجه، فتقبل قياساً على الأجير المشترك، وقياساً على شهادة الأستاذ لأجيره، فإنها تقبل، وإن كان أجيراً خاصاً له، ولا شك أنه شهد لغيره من كل وجه؛ لأنه ليس له فيما شهد لا ملك ولا حق، ولا شبهة ملك ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز للأستاذ وضع الزكاة فيه.

وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد في الكتاب فقال: بلغنا في ذلك عن شريح، وعلى الناس التي هم عليها اليوم، أشار إلى أنه إنما ترك القياس بقول شريح، وبالإجماع المنعقد من أهل زمانه على قول شريح، والإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة، يترك بها القياس، ويخص بها الأثر، فإنما ترك القياس في الأجير الواحد لهذا، والنوع من المعنى: وهو أن الأجير الوحد مملوك للأستاذ من وجه، أعني به[1] منفعته، ألا ترى أنه لا يملك أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، فهذا مملوك من

[1] هكذا في الأصل، وكذا في ظ: أعني به.

وجه شهد لمالكه، فلا تقبل، ألا ترى أن شهادة المرأة لزوجها لا تقبل؛ لأنها مملوكة لزوجها من وجه ملك النكاح، بخلاف الأجير المشترك؛ لأنه غير مملوك لأستاذ منفعة، وألا ترى أن له أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، وبخلاف الأستاذ إذا شهد لأجيره؛ لأنه ليس بمملوك لأجيره أصلا، فهذا هو الحرف المعتمد في المسألة.

ومن مشايخنا من يقول: الأجير الوحد يستحق الأجر بتسليم النفس في المدة، لا بحقيقة العمل، وحال ما يشهد مسلم نفسه إلى المستأجر، فيكون مستحقا بعض الأجر بأداء ذلك، فيصير شاهدا بأجر، فلا تقبل شهادته، بخلاف الأجير المشترك، إلا أن هذا الوجه لايكاد يصح؛ لأن الأجير الوحد إنما يستحق الأجر بتسليم نفسه إلى المستأجر في مدة الإجارة إذا سلّم نفسه للعمل الذي شرط عليه في العقد، أما إذا سلّم نفسه في مدة الإجارة لعمل آخر، لا يستحق الأجر، ألا ترى أنه إذا استأجر إنسانا شهرا ليرعى غنمه، ثم استخدمه في الشهر، لا يستحق الأجر، وإنما لا يستحق لما قلنا، كذا ههنا.

١٤٩٠٣- وذكر الخصاف في "أدب القاضي": إذا شهد أجير القاتل على المولى أنه عفا عن الدم، ذكر في "المجرد" عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وفي زيادات "الأصل": أنه يجوز، ويجوز أن يكون المراد من المذكور في المجرد الأجير الخاص، ومن المذكور في الزيادات الأجير المشترك، ولو كان أجيرا خاصا مشاهرة، فلم يرد القاضي شهادته، ولم تظهر عدالته حتى مضى الشهر، ثم عدّل قال: أبطل شهادته، كمن شهد لامرأته، ثم طلقها قبل أن يعدّل، ولو شهد ولم يكن أجيرا، ثم صار أجيرا قبل أن أقضي أبطل شهادته، فإن لم أبطلها، حتى بطلت الإجارة، ثم أعادها جاز، هكذا ذكر في "العيون".

١٤٩٠٤- وشهادة أهل الصناعات جائزة إذا كانوا عدولا، وقال بعض العلماء: لايجوز لكثرة خلفهم، وكثرة ما يجري من الأيمان الفاجرة بينهم، وعامة العلماء يقولون: المجوز ثمة العدالة، وقد وجدت.

قال الخصاف في "أدب القاضي": شهادة بائع الأكفان لا تقبل، قال شمس الأئمة الحلواني: عندنا إنما لا تقبل شهادته إذا انتكر لذلك، وترصّد لذلك العمل؛ لأنه حينئذ يتمنى الموت والطاعون، فأما إذا كان يبيع الثياب هكذا، ويشتري منه الأكفان، تجوز

للرجال والنساء مكرمة[1]، وأراد به سنة إبراهيم عليه السلام؛ لأنه أول من ختن واختتن، وأما وقته فلم يقدر أبو حنيفة فيه تقديراً؛ لأنه لم ينزل فيه قرآن، ولم يرد فيه سنة، ولم ينقل فيه إجماع الصحابة، وطريق معرفة المقادير السماع، فلهذا لم يُقدّر فيه تقديراً.

والمتأخرون من مشايخنا اختلفوا فيه بعضهم، قالوا: من سبع سنين إلى عشر سنين، وبعضهم قالوا: اليوم السابع من ولادته، أو بعد السابع بعد أن يحتمل الصبي، ولا يهلك بما روي أن الحسن والحسين ختنا يوم السابع، أو بعد السابع، ولكنه شاذ.

١٤٩٠٩ - وشهادة الخصي مقبولة، فقد صح أن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون[2]، ولأن الذي فات عضو من أعضائه، فصار كما لو فات يده أو عينه، وذلك لا يمنع قبول الشهادة، كذا هنا.

١٤٩١٠ - قال أبو يوسف: ولا أجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله ﷺ؛ لأنه لو شتم واحداً من الناس لا تجوز شهادته، فهنا أولى، وكذلك شهادة قاذف المحصنات؛ لأنه محكوم عليه بالكذب، قال الله تعالى: ﴿فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾[3] ثم المتهم بالكذب لا تقبل شهادته، فالمحكوم عليه بالكذب أولى أن لا تقبل شهادته.

١٤٩١١ - وحكي عن نصير بن يحيى: أنه سئل عمن يشتم أهله ومماليكه وأولاده، أتقبل شهادته؟ قال: إذا كان في كل يوم وكل ساعة فلا، وإن كان أحياناً تقبل إن شاء الله.

قال الفقيه أبو الليث: هذا في شتم دون القذف، فأما القذف فكبيرة تسقط به العدالة، وإن كان يتبرأ عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ فهذا هوى، وقد بينا حكم شهادة أهل الأهواء.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠٢٤٥) وأحمد في مسنده (٢٠٧٢٨)، والطبراني في الكبير (٧١١٣) وفي مسند الشاميين (١٤٤٦)، وأخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٣٤٢).

(٢) هكذا في ظ، وكانت في الأصل: "بن مضعون".

(٣) سورة النور: الآية ١٣.

وإن كان رجل يشتم الناس ويشتمونه، فهو ماجن، ولا شهادة للماجن، ومن سألت عنه فقالوا: نتهمه بشتم أصحاب رسول الله، لم أقبل ذلك، وأجيز شهادته، ولو قالوا: نتهمه بالفسق والفجور، ونظن ذلك به، ولم نره، قبلت ذلك، ولم أجز شهادتهم؛ لأنهم إذا اتهموه بالفسق مطلقًا، فقد بينوا أنه عندهم غير عدل بوجه ما، فلم تظهر عدالته بوجه من الوجوه، بخلاف ما إذا قالوا: نتهمه بشتم أصحاب النبي عليه السلام؛ لأن هناك عدلوه فيما سوى ذلك، ولم يثبت هذا الجرح بمجرد التهمة، فبقي اعتبار العدالة، ذكر المسألة على هذا الوجه في "الأقضية".

١٤٩١٢ - وتجوز شهادة المحدود في الزنا والسرقة وشرب الخمر إذا تابوا، بخلاف المحدود في القذف، فإنه لا تقبل شهادته وإن تاب، والفرق أن رد شهادة المحدود في القذف من تمام الحد، عُرف ذلك بالنص، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة، فكذا ما هو من تمام الحد، أما رد شهادة هؤلاء ليس من تمام الحد؛ لأن النص لم يرد به، ولا يدخل القياس في الحدود، وإنما رد شهادة هؤلاء لفسقهم، وقد زال الفسق بالتوبة، ولا تجوز شهادة المتهم به، ورد الأثر عن النبي ﷺ، ولا تجوز شهادة الفاسق عندنا، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان ذا مروءة، وكان وجيهًا تقبل شهادته؛ لأنه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره، ومروءته لا يرتكب الكذب من غير منفعة، إلا أن في ظاهر الرواية لم يفصل بل أطلق الجواب إطلاقًا وهو الأصح؛ لأن في قبول الشهادة والعمل بها إكرام الشهود، والفاسق مستحق للإهانة، ولو قضى قاض بشهادة الفاسق، نفذ(١) قضاءه عندنا، والمسألة مرت في "كتاب أدب القاضي".

١٤٩١٣ - ولا تجوز شهادة الأخرس عند علمائنا، ولا تقبل شهادة الأعمى في شيء من الحقوق في المسموعات والمنقولات عند علمائنا، فقد صح عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الأعمى، فهذا قول روي عن علي رضي الله عنه، ولم يرو عن أقرانه خلاف ذلك، فحل محل الإجماع، ولأنه يحمل الشهادة من وراء الحجاب، وأداها من وراء الحجاب، فلا تقبل شهادته قياسًا على البصير إذا تحمل الشهادة من وراء الحجاب، وأداها من وراء الحجاب، وإنما لا تقبل ثمة؛ لأنه تمكن فيه زيادة تهمة لا يتمكن، متى

---

(١) هكذا في ظا، وكان في الأصل وم: بعد.

عاين المشهود له وعليه؛ لأنه متى لم يعاين إنما يشير إلى المشهود له وعليه بالسماع، والاسم والنسبة، وإنه مما لا يقطع الشركة، ومتى عاين حالة التحمل، وأشار حالة الأداء، ينقطع الشركة، ولما تمكن زيادة تهمة الحجاب، وأمكن الاحتراز عنها، بأن يتحمل ويؤدي من غير حجاب، لما كان الحجاب مع قبول الشهادة، وكذلك مهما تمكنت زيادة تهمة في شهادة الأعمى يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود، وهم البصراء، فإن إشهاد البُصراء على الحوادث ممكن من غير حرج.

١٤٩١٤ - هذا إذا تحمّل الشهادة، وهو أعمى وشهد وهو أعمى، فأما إذا تحمّل الشهادة وهو بصير، ثم أدى، وهو أعمى، هل تقبل شهادته؟ عند علمائنا أجمعوا على أنه في المنقول لا تقبل؛ لأن الإشارة إلى المنقول شرط لصحة الشهادة، ولا يقوم الوصف مقام الإشارة في المنقول عندهم جميعًا، ولا عبرة للإشارة الأعمى؛ لأنه لا يعاين المشهود به، فصار التحمل وجود الإشارة منه وعدمه بمنزلة، وبدون الإشارة لا تقبل الشهادة في المنقول، وأما إذا كان المشهود به دينًا أو عقارًا، اختلفوا فيه.

قال أبو حنيفة ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة، وقال أبو يوسف: تقبل، وأبو يوسف جعل العمى مانعًا صحة التحمل، ولم يجعل مانعًا صحة الأداء، وإنما فعل كذلك؛ لأن الاحتراز عن عمى الشاهد ممكن لصاحب الحق حالة التحمل من غير حرج بإشهاد البُصراء، فيكون العمى مانعًا صحة التحمل، وإنه حاجب بين المشهود له، وبين المشهود عليه، وأما إذا صح التحمل من البصير، فالاحتراز عن العمى غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسبة حالة الأداء مقام الإشارة كما في الميت والغائب، وأبو حنيفة ومحمد احتجا بما روينا من حديث علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الأعمى، ولم يفصل، ولم يستفسر أنه تحمل، وهو بصير أو أعمى، فدل أن الحكم لا يختلف، والمعنى في ذلك أن التحرز عن العمى حالة الأداء ممكن لصاحب الحق من غير حرج، بأن يشهد على حقه جماعة كثيرة من البُصراء، حتى إذا عمي البعض يمكنه إثبات الحق بالبعض، وإذا أمكنه الاحتراز عنه من غير حرج، لم يسقط اعتبار الإشارة إلى المشهود له، والمشهود عليه، ولم يكتف بالاسم والنسب كالبصير، إذا شهد من وراء الحجاب بالاسم والنسب، بخلاف الموت والغيبة؛ لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسب والإشارة إلى نائب من عليه الحق مقام الإشارة إلى من عليه الحق، ولو

كان بصيراً وقت التحمل والأداء، إلا أنه عمي قبل القضاء، فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد القاضي: لا يقضي بشهادته، وعلى قول أبي يوسف: يقضي.

١٤٩١٥ - وأجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو ذهب عقله، أو ارتد بعد الشهادة قبل القضاء، أن القاضي لا يقضي بشهادته، والوجه في ذلك أن المقصود من الشهادة القضاء، فما يمنع الأداء، يمنع القضاء والخرس والردة، وذهاب العقل يمنع الأداء بالإجماع، فيمنع القضاء، والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما، فيمنع القضاء أيضاً، وعند أبي يوسف: لا يمنع الأداء، فلا يمنع القضاء.

قال مشايخنا: وهذا كله فيما لا تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع. أما فيما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع، فشهادة الأعمى مقبولة بلا خلاف، واستشهد في كتاب الأقضية حجة لأبي حنيفة ومحمد على أبي يوسف بمثله، فقال: ألا ترى أن شاهدين لو قالا: نشهد أن فلاناً أشهدنا أنه جعل لابنه فلان هذا العبد وهذه الدار، وقد عرفناه يومئذ بوجهه واسمه ونسبه، إلا أنا لا نعرفه الساعة؛ لأنه شيخ أو لأنه قد تبدلت حليته، لم يجز القضاء بشهادتهما.

ووجه الاحتجاج أن في تلك المسألة لم يكتف بالمعرفة وقت التحمل، بل شرط المعرفة وقت الأداء، فكذا هنا لا يكتفى بآلة التمييز وقت التحمل، ويشترط وجودها وقت الأداء.

ثم فرّق بين شهادة الأعمى وبين شهادة الشهود على غائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي، والفرق أن ثمة الشهود يعرفون المدعى عليه، ويقولون: لو رأيناه عرفناه، فلا يكون ذلك شهادة على من لا يعلمون بوجوب الحق عليه، حتى لو قالوا: لا نعرفه اليوم، لا تقبل شهادتهم، فأما الأعمى لا يشهد على من يعلم بوجوب الحق عليه على الحقيقة، فلا يصح من أداء الشهادة.

وعن أبي حنيفة في رواية: أن المدعي والمدعى عليه إذا كانا معروفين، يبين على اسمهما ونسبهما غيرهما تقبل شهادة الأعمى عند بيان الاسم والنسب.

وإذا كان الرجل يجن ساعة، ويفيق ساعة، فشهد في حال إفاقته، تقبل شهادته، وقدّر شمس الأئمة الحلواني ذلك بيومين، فقال: إذا كان جنونه يومين، أو أقل من

ذلك، ثم يصير مفيقًا، فيشهد في حال إفاقته، تقبل شهادته. ذكره في «شرح أدب القاضي» في باب شهادة الأعمى.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩١٦ - وتجوز شهادة الرجل لأم امرأته، ولأبويه من الرضاعة؛ لأن الرضاع تأثيره في الحرمة خاصة دون ما سواها من الأحكام، ألا ترى أنه لا يستحق بها النفقة والإرث، فكذلك حكم الشهادة، وحقيقة الفقه في ذلك أنه ليس لأحدهما تأويل في ملك، ولا ينبسط يده في مال صاحبه، فلم يتمكن التهمة في هذه الشهادة، فقبلت كما في الأجانب، وكذلك تقبل شهادته لأخيه وأخته وعمته وعمه وخاله وخالته من الرضاع والنسب، أما من الرضاع؛ لأنه لما قبلت شهادته لهؤلاء من النسب، لأن تقبل شهادته لهؤلاء من الرضاع أولى، وأما من النسب، فلما بينا بعد هذا إن شاء الله.

١٤٩١٧ - ولا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا شهادة الولد لوالده، ولا شهادة الزوج لزوجته، ولا شهادة المرأة لزوجها، بهذا ورد الأثر عن النبي ﷺ، والمعنى فيه تمكن التهمة في هذه الشهادة.

بيان تمكن التهمة في شهادة الوالد لولده إذا كان المشهود به مالًا فمن وجهين: أحدهما: أن للأب شبهة الملك في مال الولد، قال عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» فصار الأب كالشاهد لنفسه، والإنسان متهم فيما يشهد لنفسه، وهذه تهمة يمكن الاحتراز عنها بجنس المشهود بأن يشهد له بغير المال، والثاني: أن الأب وافر الشفقة على ولده، فيتهم بالميل إليه، وإن كان المشهود به نكاحًا أو قصاصًا، فالتهمة من وجه واحد، وهو الوجه الثاني.

بيان تمكن التهمة في شهادة الولد لوالده: إن كان المشهود به مالًا من وجهين: أحدهما: أن منافع الأملاك متصلة بينهما عرفًا وعادة، فصار الشاهد شاهدًا لنفسه من وجه، والثاني: أن الولد وافر الشفقة على والديه، فيتهم بالميل إليه، وإن كان المشهود به نكاحًا أو قصاصًا، فالتهمة من وجه واحد، وهو الوجه الثاني.

بيان تمكن التهمة في شهادة الزوج لامرأته، وشهادة المرأة لزوجها من وجهين:

أحدهما . أن كل واحد من الزوجين شديد الشفقة على صاحبه . وإليه أشار عز وجل . بقوله: ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾(١) فبينهم كل واحد منهما بالميل إلى صاحبه ، كما في الوالدين والمولودين . وهذه تهمة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود ؛ بأن يشهد لكل واحد منهما الأجنبي .

والثاني : إن الأملاك بينهما متصلة عرفًا وشرعًا في حق المنافع بسبب الزوجية اتصالا لا يمنع وضع كل واحد منهما زكاة ماله عند صاحبه عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد : يمنع الزوج صرف زكاته إلى امرأته إن كان لا يمنع صرف زكاتها إلى الزوج . ويثبت بسبب هذا الاتصال للزوج شبهة الاشتباه في مال امرأته ، حتى لو وطئ جارية امرأته ، وقال: ظننت أنها تحل لي ، فإنه لا يحد كالابن يد وطئ جارية أبيه ، فيثبت أن الأملاك بينهما متصلة في حق المنافع نظير الاتصال فيما بين الوالدين والمولودين لا نظير الاتصال فيما بين الإخوة والأخوات ، فمتى قبلنا شهادة كل واحد منهما لصاحبه ، حصل لكل واحد منهما نوع منفعة في المشهود به مضافًا إلى الشهادة ، وهذا يمنع قبول الشهادة .

والدليل عليه أن يد كل واحد منهما ثابتة في مال صاحبه ، فيصير كل واحد منهما شاهدًا لنفسه ، ولا يلزم صاحب الدين إذا شهد لغريمه بحق حقه ، تقبل شهادته وإن كان يثبت لنفسه منفعة ، فإنه يأخذ المشهود به ، فيصير متكلمًا ؛ لأنا نقول : حصول المنفعة للشاهد فيما شهد به ، إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان حصول المنفعة مضافًا إلى الشهادة ، فأما إذا لم يكن مضافًا إلى الشهادة ، بل كان مضافًا إلى سبب آخر يحدثه إلى الشاهد بعد الشهادة باختياره ، فإنه لا يمنع قبول الشهادة .

١٠٩١٨ - وفي مسألة الغريم لا يملك شيئًا من المشهود به بنفس الشهادة ، وإنما يملك بأخذ يحدثه بعد الشهادة باختياره ، فإن الأخذ في جنس حق سبب ملك ، كقبول الهبة والبيع ، وفي مسألتنا ما يحصل من المنفعة لأحد الزوجين يحصل بنفس الشهادة ؛ لأنه يحصل بالزوجية والملك والملك آخرهما وجودًا ، فيكون مضافًا إلى الملك الثابت بالشهادة ، كما في الوالدين والمولودين ما يحصل من المنفعة يحصل بالولاد والملك إلا أن

---

(١) سورة الروم: الآية ٢١ .

ملك أحدهما وجوداً، فكان حصول المنفعة مضافاً إلى الملك الثابت بالشهادة.

وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[1] من غير فصل بين القريب والأجنبي، فهو على الكل إلا ما صار مخصوصاً عنه، وإنما خص عنه شهادة الوالدين والمولودين بالإجماع. ونحن نقول: تخصيص الوالدين والمولودين لا يوجب تخصيص الأخ والأخت؛ لأن التضمن فيما بين الإخوة والأخوات لعداوة، دليله قصة يوسف عليه السلام.

وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب ميت، إنما يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب حي؛ وينبغي أن لا تقبل شهادته؛ لأن منافع الأملاك بين أبيه وبين أخيه متصلة، فإذا شهد لأخيه فكأنه شهد لأبيه.

والجواب: شهادة الإنسان لأبيه إنما لا تقبل؛ لأن منافع الأملاك بين الأب وبين الابن متصلة، فكانت الشهادة للأب شهادة لنفسه من وجه، وشهادة الإنسان لنفسه لا تقبل، فأما شهادته لأخيه ليست بشهادة لنفسه أصلاً؛ لأن منافع الأملاك بين الأخوين متباينة لا ينتفع بمال أخيه لا ابتداءً، ولا بواسطة الأب، فلم تكن هذه الشهادة لنفسه بوجه، فقبلت، وإذا ثبت الكلام في الأخ ثبت في الأخت؛ لأنهما سيان في القرابة، وثبت الكلام في سائر القرابات نحو العم والعمة والخال والخالة؛ لأن الأخ أقرب إليه من هؤلاء، فإذا قبلت شهادته للأخ، فلهؤلاء أولى.

١٤٩١٩ - ولا تجوز شهادة الرجل لولد ولده وإن سفل، ولا لجده وإن علا، وتجوز شهادته لأم امرأته، وابنتها، ولزوج ابنته، ولامرأة ابنه، ولامرأة أبيه، ولأخت امرأته؛ لأن الثابت بين هؤلاء وبينه حرمة المناكحة لا غير، وأنها لا تمنع قبول الشهادة، كما في الرضاع، ومن لا تجوز شهادته له لا تجوز شهادته لعبده ولا لمكاتبه ولا لأم ولده ولا لمدبره.

١٤٩٢٠ - ولا تجوز شهادة العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد في حقوق العباد عندنا، وكذلك شهادة معتق البعض عند أبي حنيفة؛ لأنه بمنزلة المكاتب ما دام يسعى والله أعلم.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩٦١ - العبد إذا شهد في حادثة، ورد القاضي شهادته، ثم أعتق وأعاد تلك الشهادة قبلت شهادته، وكذلك الصبي والكافر إذا شهدا على مسلم، فرد القاضي شهادتهما، ثم أسلم الكافر، وبلغ الصبي، ثم أعاد تلك الشهادة، تقبل شهادتهما.

فرق بين هذا وبين الفاسق إذا شهد في حادثة، ورد القاضي شهادته، ثم زال الفسق بالتوبة، فأعاد تلك الشهادة، فإنه لا تقبل شهادته، وكذلك الزوج إذا شهد لزوجته وهو حر، أو الزوجة لزوجها وهي حرة، فرد القاضي شهادتهما، ثم ارتفعت الزوجية، فأعاد تلك الشهادة، لا تقبل شهادتهما

ووجه الفرق بينهما: إن رد الشهادة في الفاسق والزوج والزوجة إذا كانا حرين محال على تهمة الكذب، غير محال على كونه غير أهل للشهادة؛ لأن الفاسق أهل للشهادة، والزوج والزوجة كذلك، لقيام ولاية كل واحد منهم على نفسه على الكمال، إلا أنه تمكنت في شهادتهم زيادة تهمة بسبب الفسق، أو بسبب وصلة الزوجية، فكان الرد محالا على تهمة الكذب، وهذا كان الرد محالا على تهمة الكذب صار الشاهد برد القاضي شهادته بتهمة الكذب مكذبًا من جهة الشرع فيما شهد به، وتكذيب الشرع ينزل منزلة التكذيب من حيث العيان، ولو ثبت التكذيب من حيث العيان، لا يكون لشهادته عبرة بعد ذلك، فكذا هنا

أما في العبد إن كان عدلا، فرد الشهادة غير محال به على تهمة الكذب؛ لأنه عدل، فيكون محالا على كونه غير أهل، فلم يصر مكذبًا فيما أخبر من جهة الشرع، فقبل خبره إذا صار من أهل الشهادة بالعتق، كما في الشهادة، وإن كان العبد فاسقا، فقد تمكن في شهادته عدم الأهلية وتهمة الكذب، فكان الرد محالا على عدم الأهلية، لا على تهمة الكذب حتى يتوقف الرد، ولا يتأبد فيكون فضلا للرد بقدر الإمكان.

وفي الصبي تمكن عدم الأهلية، وتمكن تهمة الكذب أيضًا؛ لأنه لا يبالي من الكذب من حيث إنه لا يحرج، وفي الكافر تمكن تهمة الكذب؛ لأن عداوته مع المسلم أمر ظاهر، وتمكن عدم الأهلية أيضًا؛ لأنه لا ولاية له على المسلم، فأحيل الرد على

عدم الأهلية، لا على تهمة الكذب، فلم يصر مكذبًا فيما أخبر من جهة الشرع، فقبل منه إذا صار أهلًا(١).

١٤٩٢٢ - النصراني إذا حُدَّ حدَّ القذف ثم أسلم، فإن شهادته جائزة، والعبد إذا حُدَّ حد القذف، ثم أعتق فإن شهادته غير جائزة، والفرق: إن رد الشهادة موجب القذف، وأنه من تمام الحد، والنصراني حال ما قذف كانت له شهادة، فردت تتميمًا للحد، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى لم تكن، فأما العبد حال ما قذف لم تكن له شهادة، فتوقف كون القذف موجبًا رد الشهادة على حدوث الشهادة، وإذا تحمل العبد شهادة لمولاه، فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جازت؛ لأن التحمل منه قد صحّ؛ لأن التحمل بالمعاينة والسماع والرق لا ينافي ذلك، وعند الأداء هو من أهل الشهادة، ولا تهمة في شهادته، فقلنا: بقبولها، وكذلك إذا تحمل أحد الزوجين شهادة لصاحبه، ثم وقع البينونة بينهما، وأدّى تلك الشهادة جاز ما قلنا.

ولو شهد لصاحبه حال قيام النكاح، فلم يقبل القاضي شهادته ولم يردها، حتى وقعت الفرقة بينهما، لم يذكر محمد هذا الفصل في «الأصل»، وعن أبي يوسف: أن القاضي لا يقضي بتلك الشهادة إلا أن يعيدها.

١٤٩٢٣ - وإذا شهد المولى لعبده بشيء، أو شهد لمكاتبه، فردَّ القاضي شهادته، ثم أعتقه، وأعاد المولى تلك الشهادة، لا تقبل شهادته؛ لأن رد الشهادة في هذه الصورة حصل على تهمة الكذب، لا على عدم الأهلية، فالمولى أهل للشهادة، والتقريب ما ذكرنا.

١٤٩٢٤ - ولو شهد العبد أو المكاتب لمولاه، ورد القاضي شهادته، ثم أعتقا، وأعادا تلك الشهادة، تقبل شهادتهما، والمعنى ما ذكرنا.

وفي «المنتقى»: إذا أشهد الأعمى على شيء، فشهد به عند القاضي، ورد القاضي شهادته، ثم ذهب العمى، فأشهده المشهود عليه ثانيًا، فشهد بها عند القاضي جاز؛ لأنه بخلاف الأولى؛ لأنه لم يكن شهادة، وإذا أشهد على شهادة وهو بصير، فشهد بها عند القاضي في حالة العمى، فرد القاضي، ثم ذهب العمى، فشهد بها

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل وم: أهله.

تاب، فعلى قول أبي يوسف لا تقبل؛ لأنها كانت شهادة قاطعة فردت.

١٤٩٢٥ - وإذا شهد حرّان مسلمان بالغان في حق من الحقوق، وكانا يوم أشهدا صغيرين، أو كافرين، أو عبدين، قبلت شهادتهما؛ لأن هؤلاء من أهل تحمل الشهادة؛ لأن مبناه على السماع والمعاينة، وهؤلاء من أهله، ولكنهم ليسوا من أهل الأداء بسبب الرق والكفر والصبا، وإذا زال الرق والكفر والصبا، صاروا من أهل الأداء، فتحققت الشهادة من تحمل صحيح ممن هو أهل الأداء، فقبلت - والله أعلم -.

الفصل الرابع
في الإسماع إلى الشهود وصفة أداء الشهادة

١٤٩٢٦ - ابن سماعة عن أبي يوسف: شاهدان شهدا على رجل بمال، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما شهد عليهما رجلان أنهما رجعا عن شهادتهما، فإن كان الذي أخبر عن رجوعهما ممن يعرفه القاضي ويُعدّله وقف في أمرهما، ولم ينفذ شهادتهما.

١٤٩٢٧ - وإذا شهد شاهد على الحق مفسّراً، وشهد الآخر على شهادته، لا تقبل، وكذلك إذا شهد الآخر على مثل شهادته؛ لأن مثلا قد تكون صلة، فصار هذا، وما لو قال: أشهد على شهادته سواء، أما إذا قال الآخر: أشهد بمثل ما شهد به الأول، فعند الخصّاف: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن قوله: أشهد بمثل ما شهد به الأول محتمل يحتمل أشهد بمثل ما شهد الأول كلا، ويحتمل أشهد بمثل ما شهد به الأول بعضاً، وعند عامة المشايخ تقبل هذه الشهادة.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يقول: إن كان الشاهد الآخر فصيحاً، يمكنه أداء الشهادة على وجهها، ولا يدخله هيبة بسبب مجلس القضاء لا بدّ وأن يفسر الشهادة على الوجه الذي شهد به الأول.

ولو قال: أشهد بمثل ما شهد به الأول، لا تقبل شهادته، وإن كان الشاهد فصيحاً، يمكنه أداء الشهادة على وجهها، إلا أنه دخله حصر بسبب هيبة مجلس القضاء، أو كان أعجمياً غير فصيح، إلا أنه يمكنه بيان الشهادة على وجهها لو لا حشمة مجلس القضاء، لا يكلف تفسير الشهادة، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول، تقبل منه، وإن كان الشاهد عجمياً، لا يمكنه بيان الشهادة بلسانه أصلاً، لا يقبل منه الإجمال.

وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي يقول: إن أحسّ القاضي بخيانة من الشهود، لا بد وأن يفسّر الثاني الشهادة على الوجه الذي شهد به الأول، وإن لم يحسّ

بخيانته لا يكلفه تفسير الشهادة، وإذا شهد بمثل ما شهد به الأول، تقبل، قال الصدر الشهيد في "أدب القاضي" : وعليه الفتوى، وكان شمس الإسلام الأوزجندي يقول: إنما يقبل الإجمال من الشاهد الآخر إذا قال في شهادته: لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، هذه الجملة في "شرح أدب القاضي" للخصاف في باب القاضي يقضي في المسجد.

وفي هذا الباب أيضًا: إذا كتب شهادة الشاهد في بياض، وقرئ عليه ذلك، فقال: أشهد أن لهذا المدعي جميع ما سمّي، ووصف في هذا الكتاب على هذا المدعى عليه، أو قال: هذا المدعى به الذي قرئ، ووصف في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق، وواجبٌ عليه تسليمه إلى هذا المدعي، فهذه شهادة صحيحة، وهذا لأن هذه الشهادة قد تكون طويلة على وجه لا يمكن ضبطها، وأداءها على ظهر القلب، فلو لم يجز أداءها عن نسخة، أو صك لتعطلت الحقوق.

١٤٩٢٨- وحكي فتوى الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: في رجل ادّعى داراً من نسخة أو صك قرأها، فقال الشهود -وهم أميون-: ما هميچنين گواهى مى دهيم لهذا المدعي على هذا المدعى عليه، أن شهادتهم صحيحة.

وسئل شمس الإسلام الأوزجندي عن الشهود: وإذا قالوا بالفارسية: ما گواهى دهيم كه اين عين مدّعا به ملك اين مدعى است، هل تقبل شهادتهم؟ قال: نعم، وقيل: ينبغي أن لا تقبل؛ لأن قوله: ما گواهى دهيم في العُرف للاستقبال وللحال ما گواهى ميدهيم.

وفي "فتاوى النسفي": وسئل عن شهود كان في لفظة شهادة كل واحد منهم ما گواهى مى دهيم كه فلان چيز ازان فلان است، هل يكون هذا بمنزلة قوله: ملك فلان است؟ قال: نعم؛ لأن الناس اعتادوا استعمال كلا اللفظين استعمالا واحداً، وكان الإمام ظهير الدين المرغيناني يقول: ينبغي للقاضي أن يستفسرهم أنهم أرادوا به الملك أو غيره؟ فإن فسّروا أخذ بتفسيرهم، وإن لم يفسروا وغابوا أو ماتوا، فالقاضي يقضي بشهادتهم بالملك، وسيأتي بعد هذا من هذا الجنس -إن شاء الله تعالى-

١٤٩٢٩- وفي "فتاوى أبي الليث": وإذا وقع البيع بالتعاطي بين رجلين،

وقعت الحاجة إلى الشهادة، فالشهود كيف يشهدون؟ قيل: يشهدون على الأخذ والإعطاء، ولا يشهدون على البيع؛ لأن التعاطي بيع حكمي، وليس ببيع حقيقي، وقيل: لو شهدوا على البيع يجوز.

١٤٩٣٠ - شهد الشهود بعين في يدي رجل أنه ملك هذا المدعي، ولم يشهدوا أنه في يد المدعى عليه بغير حق، حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أنه قال: لا تقبل هذه الشهادة، وكان القاضي ... يفتي بقبول هذه الشهادة، وهكذا حكي فتوى جماعة من المشايخ، وبعض مشايخنا قالوا: تقبل هذه الشهادة في حق القضاء بالملك، ولا تقبل في حق إيجاب التسليم إلى المدعي، وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب؛ لأن وجوب التسليم ينبني على الشك في الجملة، وهذا اختيار بقوله: لو سأل القاضي عن الشاهد: هو في يد هذا المدعى عليه بغير حق؟ فقال الشاهد: لا أدري، قال: صحيح أن تقبل هذه الشهادة على الملك؛ لأن الشهادة بالملك لا يستدعي كون المدعى عليه مبطلاً في يده لا محالة؛ لجواز أن يكون العين ملكاً لإنسان، ويكون في يد غيره بحق، بأن كان عنده رهناً أو مستأجراً أو ما أشبهه، وسيأتي جنس هذا من هذا الجنس - إن شاء الله تعالى -.

١٤٩٣١ - في فتاوى النسفي: ادعى على آخر عشرة دراهم، وشهد الشهود أن لهذا المدعي على هذا المدعى عليه مبلغ عشرة دراهم، أو تمام عشرة دراهم، لا تقبل الشهادة؛ لأن الشهود شهدوا بخلاف ما ادعاه المدعي؛ لأن المدعي ادعى عشرة دراهم، والشهود شهدوا بمبلغ عشرة دراهم، ومبلغ عشرة دراهم الذي يبلغ إليه تمام قيمته عشرة دراهم، وقيل: تقبل، وهو الأصح؛ لأن المبلغ عبارة عما ينتهي إليه العدد المذكور.

ولو ادعى بالفارسية ده درم، وشهد الشهود بهذه العبارة أن لهذا المدعي على هذا المدعى عليه ده دوازده درهم، لا تقبل تلك الشهادة، وكذلك إذا ادعى ده دوازده درهم، لا تسمع دعواه لمكان الجهالة، وكذلك إذا ذكر التاريخ في الدعوى على هذا الوجه، بأن قال: اين عين ملك من است از ده دوازده سال، بأنه لا تسمع دعواه، وكذلك إذا ذكر الشهود التاريخ في شهادتهم على هذا الوجه، لا تقبل شهادتهم.

١٤٩٣٢ - وفي "فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي": إذا شهد الشهود أن هذا العين حق هذا المدعي، ولم يقولوا: ملكه، قبلت الشهادة؛ لأن الحق مع الملك يستعمل استعمالاً واحداً، وقيل: لا تقبل، وقيل: ينبغي للقاضي أن يستفسر الشهود عن الحق، أرادوا به الملك، أو ما هو حقيقة الحق؟ ويبني الأمر على ما فسروا، وعلى هذا: إذا ادعى أن هذه الدار حقي، ولم يقل: ملكي، هل يصح منه هذه الدعوى؟ اختلف المشايخ فيه.

وفي الفتاوى: سئل شداد عن ثلاثة نفر شهدوا في حادثة، ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر الله قد كذبت في شهادتي، فسمع القاضي ذلك، ولم يعلم أيهم قال: ذلك؟ فسألهم القاضي بعد ذلك، فقالوا: كنا على شهادتنا، فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، ويقيمهم من عنده حتى ينظر في ذلك، فإن جاء المدعي باثنين منهم في اليوم الثاني يشهدان له بذلك، قُبلت شهادتهما، إذا شهد في حادثة قبل الدعوى، ثم ادعاها بعد الدعوى، قبلت شهادته.

١٤٩٣٣ - وإذا شهد الشهود على إقرار رجل بشراء محدود، أو بيع محدود، أو ما أشبه ذلك، لا بد وأن يذكروا في الشهادة أنه أقر على نفسه، أو يقولوا أقر بشرائه لنفسه أو بيعه لنفسه؛ لأن إقراره كما يكون على نفسه يكون على غيره، وأما على غيره لا يكون حجة، فلا بد من ذكره.

١٤٩٣٤ - وإذا شهد الشهود أن هذا العين ملك هذا المدعي، وفي يد هذا المدعى عليه بغير حق، ولم يقولوا، فواجب عليه قصر يده عنه، وتسليمه إلى هذا المدعي، وحكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن السغدي: أن فيه اختلاف المشايخ، منهم من قال: لا بد وأن يقولوا: ذلك يعني القضاء بالتسليم؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشيء ملك إنسان، ولا يجب على صاحب اليد تسليمه إلي، ويكون معنى قوله: وفي يده بغير حق بغير حق الملك.

ومنهم من قال: لا حاجة إلى ذكره، وتكون الشهادة مقبولة، ويجبر المدعى عليه على التسليم إذا طلب المدعي ذلك؛ لأن كون الغير مالكاً للإنسان يقتضي وجوب التسليم إليه بقضيه الأصل إلا لعارض، ولم يثبت العارض بما قالوا، وفي يده بغير

استهلكت عليه دابة، فالقاضي يقبل ذلك منهم، وطريقه ما قلنا.

١٤٩٣٨ - وكذلك الرجلان إذا ادعيا نكاح امرأة ميتة، وأقاما البينة، فالقاضي يقضي لهما بالميراث، والقضاء بالنكاح للرجلين على امرأة واحدة متعذر، ولكن طريق القبول أن المقصود من دعوى النكاح بعد الموت دعوى الميراث، ولا تنافي في الميراث، فقضى بالميراث لهما لهذا، والأول أصح.

ووجه الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة دعوى النكاح أن دعوى النكاح من كل واحد من المدعيين صحيح، وشهادة كل فريق صحيحة، إلا أن في حالة الحياة لا يقضى بالنكاح؛ لأن المقصود من النكاح حالة الحياة الحل، وأنه لا يقبل الشركة، فلم يقض بالنكاح حالة الحياة لهذا المعنى، لا لخلل في الدعوى أو الشهادة، أما بعد الموت المقصود هو الميراث، والقضاء لهما بالميراث ممكن، فقضينا. أما في مسألة الدعوى لا تصح، وكذلك الشهادة؛ لأنهم شهدوا بملك مختلف، والمدعي ادعى ملك الدابة، والقاضي يقضي بذلك، ثم القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك التالف، والقضاء بالمجهول لا يصح، فلا يقضي.

وإنما إذا ادعى مالا دينا، وشهد الشهود بمال مطلق، ولم يبينوا سبب استهلاك الدابة، تقول بأن القاضي لا يقضي بشهادتهم، إنما يقضي بشهادتهم إذا بينوا صفة الذكورة والأنوثة، وبينوا مع ذلك نوع الدابة.

١٤٩٣٩ - رجل ادعى على غيره أنك أبرأتني عن جميع الدعاوي والخصومات، وادعى عليه أنه يخاصمه بعد، ولم يدفع عنه شيئا، وجاء المدعي بشاهدين شهدا على ما ادعاه. فقد قيل: لا تقبل هذه الشهادة، وقد قيل: تقبل، وعلى قياس مسألة ذكرناها في أدب القاضي: أن المطلوب إذا ادعى عند القاضي أن الطالب أبرأني عن كل قليل وكثير، وهو اليوم في بلدة كذا، وشهودي بها حضور، فاسمع من شهودي، واكتب لي إلى قاضي تلك البلدة أن على قول أبي يوسف: القاضي لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له، وعلى قول محمد: يسمع ويكتب، يجب أن تكون هذه المسألة على ذلك الخلاف.

ولو كان المدعي في هذه المسألة: خاصمني بعد الإبراء مرة، يجب أن تقبل

شهادة شهوده بلا خلاف، كما في تلك المسألة.

١٤٩٤٠ - رجل ادعى عبداً في يدي رجل أنك بعتني هذا العبد، ونقدتك الثمن، وهو ألف، فجحد البائع البيع، وقبض الثمن، فشهد له شاهدان على إقراره بالبيع، وقبض الثمن، وقالا: لا نعرف العبد، ولكنه قال لنا: عبدي زيد، وشهد آخران أن هذا العبد اسمه زيد، أو شهدا على إقرار البائع أن هذا العبد اسمه زيد، فالبيع لا يتم بهذه الشهادة، ويحلف البائع، فإن حلف رد الثمن، وإن نكل لزمه البيع بنكوله، هكذا قاله أبو يوسف.

١٤٩٤١ - وإن شهد شاهد البيع أنه أقر أنه باع عبده زيداً، فإن نسبوه إلى شيء يعرف من عمل أو صناعة أو حلية، فوافق ذلك هذا العبد، فهذا والأول سواء في القياس، لكني أستحسن إذا نسبوه إلى أمر معروف أن أجيزه، وكذلك الأمة.

١٤٩٤٢ - وفي "المنتقى": شهد شاهدان أن لهذا في هذه الدار ألف ذراع، فإذا الدار خمسمائة ذراع، أو شهد أن له في هذه القراح عشرة أجربة، فإذا القراح خمسة أجربة، فالشهادة باطلة، ولو كان أقر بذلك أحد المقر له كلها.

١٤٩٤٣ - وفيه أيضاً: شاهدان شهدا أن شاة هذا، دخل غنم هذا، ولم يعرفا الشاة، لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه غصب شاة، وأدخلها في غنمه، قضيت عليه بالقيمة، ولو شهدا أن داراً في دار هذا هذه، ولم يحدّوا من أي موضع إلى أي موضع هي؟ فالشهادة باطلة، ولو شهدا أنه غصب داره، وأدخلها في داره، قضيت عليه بالقيمة.

١٤٩٤٤ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: في ثلاثة نفر لهم على رجل دين ألف درهم، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه قد أبرأ من حصته، لا يجوز؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما شركته إذا قبضا حصتهما، وهو بمنزلة ما لو قبضا نصيبهما، ثم شهدا أنه قد أبرأ عن نصيبه، وقال محمد: إن كانا قد قبضا نصيبهما فشهادتهما باطلة، وإن كانا لم يقبضا فشهادتهما جائزة، إذا شهدا على رجل أنه أقر أن اسمه عارية في هذا الدين، وهو لفلان وفلان يدعيه، فهي جائزة.

نوع آخر من هذا الفصل:

١٤٩٤٥ - قال محمد في «الأصل»: إذا شهد رجلان أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم، فهذا على وجوه: الأول: أن ينصا على الشركة، بأن شهدا أن لفلان ولهما على هذا الرجل ألف درهم من شركة بينهم، وفي هذا الوجه لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لأن المشهود به مشترك بينهم بحيث لا يمكن تمييز نصيب فلان عن نصيبهما، وقد تعذر قبول شهادتهما في نصيبهما، فيمتنع قبولها في نصيب فلان ضرورة.

الثاني: إذا نصا على قطع الشركة بأن قالا: نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة وجب بسبب على حدة، ولنا عليه خمسمائة وجب بسبب على حدة، وفي هذا الوجه تقبل شهادتهما في حق فلان، وهذا ظاهر.

الثالث: إذا أطلقا الشهادة إطلاقاً، وفي هذا الوجه لا تقبل الشهادة أصلاً؛ لأنه يحتمل أن المشهود به مشترك بينهم، وعلى هذا التقدير لا تقبل شهادتهما، فلا تقبل بالشك.

١٤٩٤٦ - وإذا كان لرجل على ثلاثة نفر ألف درهم، فشهد اثنان منهم أن صاحب الدين أبرأهما وفلاناً عن الألف التي كانت له عليه وعليهما، فإن كان البعض كفلاء عن البعض، لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما مغرماً؛ لأن براءة فلان عما عليه، وهو أصيل في حقهما يوجب براءتهما، وإن لم يكن البعض كفلاء عن البعض، فإن شهدا أنه أبرأهما وفلاناً بكلمة واحدة، لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لأن الشهادة حصلت بكلمة واحدة، وقد بطلت في البعض، فتبطل في الباقي[1] ضرورة. وإن شهدا أنه أبرأهما على حدة وفلاناً على حدة، تقبل شهادتهما في حق فلان، ونظير هذا ما ذكر في كتاب الحدود، إذا شهد رجلان أن فلاناً قذف أمهما وهذه بكلمة واحدة لا تقبل شهادتهما، ولو شهدا أنه قذف أمنا على حدة، وهذه على حدة، قبلت شهادتهما في حق هذه، وطريقه ما قلنا.

---

(١) هكذا في الأصل و م، و«ت» وفي ط: «الثاني».

١٤٩٤٧ - وفي المنتقى: إذا شهد رجل وامرأتان أن زوج امرأتين قال لهما: أنتما طالقان، لم تجز الشهادة على طلاقهما، وعلى طلاق غيرهما، ولو شهد شاهدان أنه أوصى بثلث ماله لفقراء أهل بيته، وهما فقيران من بني تميم، وهما من بني تميم، وهما فقيران، جازت الشهادة(١)، ولا يعطيان شيئًا؛ لأنه لو قسم في بعضهم جاز.

١٤٩٤٨ - ولو شهدا أنه أوصى بثلث ماله لفقراء أهل بيته، وهما فقيران من أهل بيته، أو ولدهما فقير من أهل بيته، لم تجز الشهادة لهما، ولا لغيرهما، وإن كانا غنيين، ولا ولد لهما فقير، جازت الشهادة، وفي الوصايا: لو أوصى بثلث ماله لفقراء جيرانه، فشهد رجلان على ذلك لهما أولاد يحتاجون في جوار الموصي. قال محمد: لا تقبل هذه الشهادة أصلا، أما في حق أولاد الشهود فظاهر، وأما في حق الباقي فلأن الشهادة واحدة.

١٤٩٤٩ - وفي وقف هلال: لو وقف على فقراء جيرانه، فشهد على ذلك شاهدان من فقراء جيرانه، قبلت شهادتهما، وإذا شهد أهل مسجد على وقفية كراسة على مسجدهم، أو على أهل مسجدهم، وهم يحصون حتى يجوز الوقف، هل تقبل شهادتهم؟ ينظر إن كان الشاهد من يقرأ أو له ولد يقرأ، لا تقبل شهادته، وإن كان من لا يقرأ، وليس له ولد يقرأ، تقبل شهادته.

وهو نظير أهل مدرسة شهدوا على وقف تلك المدرسة، أو أهل محلة شهدوا على وقف تلك المحلة، وهناك بعض المشايخ فصّلوا الجواب تفصيلا، فقالوا: في شهادة أهل المدرسة إن كانوا يأخذون الوظيفة من ذلك الوقف، لا تقبل شهادتهم، وإن كانوا لا يأخذون تقبل، وكذلك في أهل المحلة من شهد وهو ممن يأخذ شيئًا من ذلك، لا تقبل شهادته؛ لأنه حينئذ يكون ذلك شهادة جار المغنم(٢)، وعلى هذا الشهادة على وقف الكتب، والشاهد صبي في المكتب، أو ليس له صبي في المكتب، وبعض مشايخنا قالوا: يجب أن تقبل الشهادة في هذه المسائل كيف ما كان؛ لأن كون الفقيه في المدرسة أو كون الرجل في المحلة أو كون الصبي في المكتب ليس بأمر لازم، بل ينتقل الفقيه من

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: لفقراء بني تميم، وهما من بني تميم، وهما فقيران جازت الشهادة.

(٢) هكذا في ظ، وكذا في الأصل و م: جار المغنم.

مدرسة إلى مدرسة، ومن محلة إلى محلة، وينتقل الصبي من مكتب إلى مكتب، ومثل هذا لا يمنع قبول الشهادة، بخلاف ما إذا كان أمرًا لازمًا، وهذا القائل يقول: ولأجل هذا المعنى وقع الفرق، بينما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء جيرانه على ما ذكره هلال، وبينما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء قرابته، لأن الجوار ليس بلازم، والقرابة لازمة، ولكن هذا الفرق يشكل بما إذا شهدا أنه أوصى لفقراء بني تميم وهما من فقراء بني تميم، حيث تقبل شهادتهما، وكونهما من بني تميم أمر لازم.

إذا شهدوا أن جميع ما في قرية فلان من الدور والأرضين وغيرها التي هي معروفة لفلان، ميراث من جهة فلان أبيه هذا المدعي، لا وارث له غيره، ذكر الصدر الشهيد في فتاوى الصغرى: أن الشهود إن كانوا يعرفون حدود ذلك جاز، وإن كانوا لا يعرفون لا يجوز، وأنهم شهدوا بمجهول، وقيل: إن كان الشهود لا يعرفون حدود ذلك لا يحل لهم أداء الشهادة، وإن عرفوا إلا أنهم لم يشهدوا بها، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، وهو الأصوب.

١٤٩٥٠ - إذا ادعى على آخر نقرة جيدة موزونة بوزن معلوم، وشهد الشهود بالنقرة بذلك الوزن، ولم يذكروا صفة الجودة في شهادتهم، ولا صفة الرداءة، فالقاضي يقبل شهادتهم، ويقضي بالنقرة الرديئة بذلك الوزن، هكذا كان يفتي بعض مشايخنا؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي، وعلى هذا القياس إذا ادعى مقدارًا معلومًا من دقيق غير معلوم منخول، وشهد الشهود بدقيق مطلقًا، وقيل: لا، بل بينهما فرق؛ لأن الدقيق مع النخالة متفاوت، بخلاف النقرة الرديئة، ولو ادعى دقيقًا من النخالة، وشهد الشهود بدقيق غير منخول لا تقبل -والله أعلم-

الدليل على أن فعله كفعل القاضي أن القاضي، وإن لم يكن مأذونًا في الاستخلاف يملك أن يفوّض القسمة إلى غيره؛ فلو لا أن فعله كفعله وإلا لما ملك التفويض؛ لأنه ليس للقاضي أن يُولّي غيره الحكم بدون إذن الإمام، فثبت أن فعله منقول إليه حكمًا.

والدليل عليه أنه لا يلحقه العهدة، ولولا أن فعله منقول إلى القاضي، حتى كأنه من القضاء، وإلا تلحقه العهدة، والدليل على أنه من القضاء أن للقاسم أن يجبر الممتنع عن القسمة، ولو لم يكن من القضاء لما كان له ولاية الجبر، فإنه ليس لغير القاضي ولاية الجبر، إذا ثبت هذا فتقريره من وجهين؛ أحدهما: أنه لما كان فعله منقولًا إلى القاضي، يعتبر فعله بفعل القاضي بنفسه.

١٤٩٥٢ - ثم إذا تذكر القاضي القضاء لرجل، والمقضي عليه ينكر، كان له أن يلزمه القضاء بقوله، فكذلك القاسم يملك أن يثبته بشهادته، والثاني أن فعله لما كان منقولًا إلى القاضي فقبوله على أن هذه الشهادة في الحقيقة ما قامت على فعلهما، فإن فعلهما تمييز الأنصباء.

وأما ثبوت الملك لكل واحد في نصيبه بقبوله، وقبض نصيبه وذلك فعل أصحاب الأملاك، وشهادة الإنسان على فعل غيره مقبولة، وقوله: إنما يجران إلى أنفسهما مغنمًا، لأنهما يستحقان الأجر بالقسمة، قلنا: إنما تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كانا لا يطلبان الأجر، فأما إذا طلب الأجر فلا تقبل شهادتهما، كما قلنا في شهادة الشفيعين على بيع الدار. إنهما إذا طلبا الشفعة لا تقبل شهادتهما، وإن كانا لا يطلبان الشفعة، تقبل شهادتهما لخلو عن التهمة، كذا هذا.

وقال بعض مشايخنا: إنما تقبل شهادتهما إذا شهدا على القسمة لا غير، ثم قالا بعد ذلك: نحن قسمنا واشتغلا بالتفصيل، فأما إذا شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء، لا تقبل شهادتهما، ولكن إطلاق ما ذكر في الكتاب يدل على أنه تقبل شهادتهما في الأحوال كلها، وأن الصحيح ما ذكر من جواز شهادتهما على الإطلاق على قسمة أنفسهما؛ لما ذكرنا من المعاني.

قال: فإن حرز الأرض وقوماها، ثم عرضا ذلك على القاضي، ثم حضرت الورثة، فأقروا بالتحرير والقيمة، فأقرع القاضي بينهم، ثم شهدا بالقسمة، فشهادتهما

جائزة، وهذا بلا خلاف؛ لأن هذه شهادة على فعل القاضي، فالقسمة في هذه الصورة صدرت من القاضي، فتقبل شهادتهما بالاتفاق، بخلاف الفصل الأول، وعلى قول أبي يوسف ومحمد أولا . وقسم بينهم، ثم أخبر عن قسمة، فذلك جائز؛ لأن هذه قسمة من القاضي، وأنه بمنزلة القضاء منه، والقاضي إذا قال: قضيت على فلان بكذا، قبل قوله بالاتفاق، كذا هنا، بخلاف شهادة قاسمي القاضي على قول محمد؛ لأنه ليس بقضاء من القاضي، بل هي شهادة على فعلهما .

١٤٩٥٣ - ذكر ابن سماعة في "النوادر" عن أبي يوسف: أنه إذا شهد شاهدان أن فلانًا أمرنا أن نبلغ فلانًا أنه قد وكله ببيع عبده، وقد أعلمناه، أو أمرنا أن نبلغ امرأته أنه جعل أمرها بيدها، وبلغناها، وقد طلقت نفسها، جازت شهادتهما؛ لأنهما شهدا على فعل المرسل، فالرسول ينقل كلام المرسل، فقد شهدا على فعل غيرهما، وقوله: فتقبل شهادتهما .

ولو قالا: نشهد أنه قال لنا: خير امرأتي، فخيرناها، فاختارت نفسها لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما، وهو التخيير، فلا تقبل منهما؛ لأنه دعوى لا شهادة بخلاف الأول، فإنما شهدا على فعل المرسل على ما ذكرنا.

١٤٩٥٤ - وفيه أيضًا: إذا شهدا على رجل بمال أنه قبضه من آخر، وهو ينكر، فشهدا على قبضه، وقالا: نحن وزناها عليه، قال: إن كانا زعما أن رب المال كان حاضرًا، جازت شهادتهما، وإن لم يكن حاضرًا عند الوزن، لم تقبل شهادتهما؛ لأنه إذا كان حاضرًا انتقل فعل الوزن إليه، فكان شاهدًا على فعل غيره، فأما إذا كان غائبًا تعذر إضافته إليه، فبقي الفعل مقصورًا عليه، فكان شاهدًا على فعل نفسه، فلا تقبل شهادتهما .

والحاصل: إن شهادة الإنسان على فعل نفسه لا تقبل إذا لم يكن ذلك الفعل منتقلا إلى غيره، سواء كان له منفعة في المشهود به أو لم يكن، وإذا كان فعله منقولا إلى غيره، تقبل شهادته عليه

قال في "المنتقى" على طريق الاستشهاد: ألا ترى أنه لو وزن له الغريم ألف درهم، ووضعها، وقال: خذها لك، قد وفيتك، فقال المقتضي له للرجل: ناولني هذه

الدراهم، فأبوا، ثم شهدنا على المقضي له أنه هو الذي دفع الدراهم إليه، أن شهادته جائزة. وذكر هلال البصري في الشروط أنه لا تقبل شهادة الذي كال في الكيل، وتقبل شهادة الذي ذرع في المذروع.

ووجهه أن الكيل من القبض؛ لأن للكيل أثرًا في التعيين؛ لأن قدر المبيع إنما يعرف بالكيل، حتى لا يجوز البيع فيما سواه. ألا ترى أنه إذا اشترى صبرة حنطة على أنها كر، فوجدها كرين، أن الزيادة لا تكون له، بل يكون للبائع، والقبض لا يصح، ولم يتم بدون التعيين والتقدير، فكان الكيل من جملة القبض، فكانت الشهادة على القبض شهادة على فعل نفسه، وهو الكيل، فلا تقبل، وأما الذرع لا يفيد التعيين والتقدير، ألا ترى أنه إذا اشترى أرضًا على أنها مائة ذراع، فوجدها مائتي ذراع، أن الزيادة للمشتري أيضًا، فلم يكن الذرع من القبض في شيء، فكانت هذه شهادة على فعل غيرهما، فقبلت، وفي المنتقى رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أن شهادة الكيالين باطلة.

١٤٩٥٥ - ادعى على آخر أنه أقرضه كر حنطة، وشهد شاهدان بهذه اللفظة، أي كندم بخروار ما آورد وما كراكش بوديم، فقيل: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما، وقيل: تقبل لأنهما أضافا القبض إلى المدعى عليه حيث قالا: خروار ما آورد، حتى لو قالا: ما آورديم نزديك وى بدستورى وى، لا تقبل هذه الشهادة على قياس مسألة الكيال، وقيل: ينبغي أن يقال: إن قالا: مدعى عليه با ما بود، تقبل شهادتهما، وإن قالا: با ما نه بود، لا تقبل على قياس مسألة الوزان.

١٤٩٥٦ - قال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترى من رجل عبدين شراء صحيحًا، أو فاسدًا، وقبضهما المشتري، وأعتقهما، ثم اختلف البائع والمشتري في ثمن العبدين في البيع الصحيح، وفي قيمتهما في البيع الفاسد يوم قبضهما المشتري، فشهد هذان العبدان على ثمنهما، أو على قيمتهما يوم قبضهما المشتري، فإنه لا تقبل شهادتهما.

أما إذا شهدا على قيمتهما فلأن هذه شهادة قامت على صفتهما؛ لأن القيمة تزداد بزيادة وصف مرغوب، وينتقص بنقصانه، فكانت الشهادة على زيادة القيمة شهادة على

زيادة وصف مرغوب فيه، وعلى نقصان القيمة شهادة بنقصان الوصف، فكانت هذه الشهادة قائمة لإثبات وصف فيهما، فكانت الشهادة لأنفسهما من حيث الحقيقة فلا تقبل. وأما إذا شهدا على ثمنهما؛ لأن الثمن مقدار لقيمة المبيع، فالمماثلة مرعية في جميع المبادلات لتحقق المبادلة؛ وذلك لأن لا تزول ملكه عن المبيع إلا ببدل يعدله، وهو قدر قيمته، فالمتعاقدان إذا قدرا شيئاً من الأثمان، صار ذلك بمنزلة نسبة القيمة التي هي تعيين؛ وقد ذكرنا أن شهادتهما على قيمتهما غير مقبولة، وروي عن أبي يوسف أنه تقبل شهادتهما على زيادة الثمن أو نقصانه.

ووجهه أن الشهادة على الثمن شهادة على عقد جرى بين البائع والمشتري أوجب ذلك الثمن على المشتري، وذلك العقد وحكمه ليس بواقع لعبد لتكون شهادته عليه شهادة على نفسه أو وصفه حتى يصير شاهداً لنفسه.

وتوضيحه: أن وجوبه يعتمد صحة التسمية في العقد لا زيادة وصف، ولا نقصانه، وقيام العقد بالعاقدين، فكانت شهادة على فعل غيرهما فتقبل.

١٤٩٥٧ - قال: ولو شهد العبدان بعد العتق أن المشتري أوفى البائع الثمن، وهو يجحد ذلك قبلت شهادتهما؛ لأن هذه شهادة لغيرهما، وهو المشتري ببراءته عن الثمن[1] بسبب الإيفاء، وليس بينهما ما يمنع قبول الشهادة، فقبلت شهادتهما، قال: أرأيت لو شهدا أن البائع أبرأه عن الثمن ألم يكن جائزاً؟ وهذا إشارة إلى ما قلنا أن المشهود به براءة المشتري من حيث الحقيقة، والبراءة مرة يكون بالاستيفاء، ومرة يكون بالإبراء، وكيف ما كان، فهذه شهادة لغيرهما، وقد استجمع شرائط الجواز فتقبل.

١٤٩٥٨ - قال: ولو أن رجلين شهدا أن فلاناً أمرهما أن يزوجا فلانة منه فزوجاها، أو شهدا أنه أمرهما أن يخلعا منه فلانة، فخلعا أو شهدا أن أمرهما أن يشتريا له عبداً، فاشتريا، فكل مسألة من هذه المسائل على ثلاثة أوجه: إما أن يجحد الموكل الأمر والعقد جميعاً، أو يقر بالأمر ويجحد العقد، أو يقر بهما، وكل وجه على وجهين: وإما أن يكون الخصم يدعي العقد مع الوكيل في الفصول كلها، أو يجحد.

(١) وفي م: البيع.

على فعل الغير، وهو الدخول والمس، ولا تهمة في شهادتهما لعبده، فقبلت بخلاف ما إذا قال: إن كلمتما عبدي، أو مسستما ثوبه، فهو حر، فشهدا أنهما فعلا ذلك، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما.

١٤٩٦٣- ولو قال لعبده: إن كلمت فلانًا وفلانًا فأنت حر، فشهدا أنه كلمهما، لا تقبل شهادتهما، بخلاف ما لو قال له: إن دخلت دارهما، فشهدا على الدخول، حيث تقبل شهادتهما، والفرق أن شهادتهما بكلامهما شهادة بحضورهما؛ لأنه لا يتصور الكلام معهما إلا بحضورهما، ألا ترى أن من حلف لا يكلم فلانًا، فكلمه وهو غائب، لا يحنث في يمينه، وحضورهما فعلهما، فكانا شاهدين بفعل أنفسهما، فأما شهادتهما بدخوله الدار شهادة بفعل غيرهما؛ لأنه لا تعلق لدخول الدار بهما، فكانا شاهدين بفعل غيرهما من كل وجه.

١٤٩٦٤- وفي شهادات المنتقى عن أبي يوسف: رجل قال: إن دخل داري هذه أحد، فامرأتي طالق، فشهد ثلاثة نفر أو أربعة نفر أنهم دخلوا، فهذا على وجهين. أحدهما: إن قالوا [إنا][1] دخلنا جميعًا، لا يقبل قولهم، ولا يحكم بحرية العبد؛ لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم، وإن قال اثنان منهم: دخلنا، ودخل هذا الثالث والرابع معنا، قُبل قولهم، وحكم بحرية العبد؛ لأن قول كل واحد إخبار وشهادة، فيقبل قول كل واحد منهم في حق القضاء بالحرية من حيث إنه شهادة، لا من حيث إنه خبر.

وروى الحسن بن زياد فيمن حلف بعتق مماليكه أن لا يستقرض شيئًا أبدًا، فشهد رجلان أنهما أقرضاه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما، ولهما في هذه الشهادة منفعة، وكل ذلك مانع من القبول.

ولو شهدا أنه طلب ذلك منهما، ولم يقرضاه، قبلت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما؛ لأن الاستقراض طلب القرض، وأنه فعل المستقرض، ولا منفعة لهما في هذه الشهادة؛ لأنهما قالا: ما أقرضناه.

ولو كان حلف لا يقرض فلانًا وفلانًا شيئًا، فشهدا أنه أقرضهما حنث في يمينه؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما، وهو الإقراض، ولا تهمة فيهما، فقبلت، وعن أبي

---

(١) هكذا في الأصل.

الفصل السادس

في شهادة الرجل على فعل من أفعال أبيه وشهادته لأبيه أو لأمه

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: إذا شهد ابن القاضي على كتابه إلى قاضي من القضاة، أو على قضائه، أو على شهادته، وهو حي يعقل أو ميت جاز ذلك، وفي "المنتقى" رواية إبراهيم عن محمد: أنه لا تجوز شهادة الابن على قضاء أبيه، وعلى كتابه كما لا تجوز شهادة الابن على شهادة أبيه، وفي "المنتقى" في باب من لا تجوز شهادته له رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: لا تجوز شهادة الولد على قضاء أبيه، بأن يشهد أن أباه قضى لفلان على فلان بكذا، وتجوز شهادته على شهادة أبيه، قال: وهو قول أبي يوسف، وذكر بعد هذا في الباب أيضاً أن الأب لو كان قاضياً يوماً، فشهد الابن على قضائه أنه تجوز شهادته، وفي آخر هذا الباب عن أبي حنيفة أنه لا تجوز شهادة الابن على قضاء أبيه، وإن كان الأب قاضياً يوم الشهادة.

والحاصل: أن شهادتهما على فعل أبيهما فعلاً ملزماً، لا تقبل إذا كان للأب فيه منفعة بالاتفاق، يعني بها المنفعة المطلوبة من الشهادة، وإذا لم يكن للأب فيها منفعة، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تقبل شهادتهما.

وعن محمد روايتان. وجه رواية القبول منه أن شهادة الابن لأبيه إنما لا تقبل لمكان تهمة الميل، وذلك إنما يتحقق فيما للأب فيه منفعة، والمنفعة المطلوبة من الشهادة في هذه الصورة إنما تحصل للمدعي لا للأب، ومنفعة نفاذ القول على الغير، وظهور صدقه عند الناس غير معتبرة في إفادة التهمة المانعة من قبول الشهادة، ألا ترى أن الأب إذا شهد مع ابنه في حادثة، قبلت شهادتهما، ولولا شهادة الابن لكان لا تقبل شهادة الأب، فالأب بهذه الشهادة يسعى إلى إظهار صدقه، وتنفيذ قوله على الخصم، ولم يمنع ذلك قبول شهادة الابن، كذا هنا.

ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه السلام: «لا تقبل شهادة الولد

لوالده[1]. وإذا شهد على فعل والده، فقد شهد لوالده بإثبات فعله، ولأنه متهم في هذه الشهادة؛ لأن للأب فيه منفعة، وهو نفاذ قضائه، وظهور صدقه إن كان يدعي، ومنفعة ظهور الصدق فوق سائر المنافع، وأقوى في إيراث الشبهة، وإيقاع التهمة.

ثم إن أبا حنيفة وأبا يوسف فرقا بين شهادتهما على شهادة أبيهما، وبين شهادتهما على قضاء أبيهما، والفرق أن الشهادة ليست بملزمة، والقضاء ملزم، وقد احتج أبو يوسف على محمد، فقال: الابن جزء الأب، فشهادة الابن على فعل أبيه كشهادة الأب على فعل نفسه من حيث الحكم والاعتبار، وشهادة الأب على فعل نفسه، لا تقبل، فكذا شهادة الابن على فعل أبيه.

١٤٩٦٥- ولو قال لعبده: إن كلمك فلان، فأنت حر، فادعى فلان أنه كلم العبد، وشهد ابناه بذلك، لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي إحدى الروايتين عن محمد: تقبل.

١٤٩٦٦- وإذا قال لرجلين: إن دخلتما هذه الدار، فعبدي حر، فشهد ابناهما أن أبويهما قد دخلا الدار، فهو على الخلاف الذي ذكرنا. قال: ولو أنكر الأبوان، وهما حيان، جازت شهادة الابنين على دخولهما بلا خلاف؛ لأنهما صارا مشهودًا عليهما بالدخول عند الجحود، وتلك المنفعة التي ذكرناها عند دعواهما، وهو ظهور صدقهما ونفاذ قولهما لا يتحقق ههنا، فكانت شهادة على الأب، فقبلت، وهذا هو الحكم في كل شيء شهد الابن به، يثبت بشهادته فعلا من أبيه من نكاح، أو طلاق، أو بيع، أو غير ذلك، أنه لا تجوز شهادته إذا كان الأب حيا يدعي، أو كان ميتا عندهما، وإن كان حيا، وهو ينكر تقبل شهادتهما بلا خلاف؛ لأن مع جحوده لا يمكن أن يجعل هذا شهادة للأب، بل تكون شهادة على الأب.

١٤٩٦٧- وإذا شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل، فهو على ثلاثة أوجه: الأول: أن يقر الموكل والوكيل بالأمر والعقد جميعًا، وإنه على وجهين: إن كان الخصم يدعي ذلك كله، فالقاضي يقضي بالعقود كلها، ولكن بتصادقهم لا بالشهادة، وإن كان

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٨٣) وابن حزم في المحلى (٩/ ٤١٥) وفي التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٣٩٠).

الخصم ينكر ذلك، فإن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تقبل شهادتهما، ولا يقضى بشيء من هذه العقود، إلا في العقود، فإن هذه العقود هناك يقضي بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج، وهو الموكل، وعلى قول محمد في إحدى الروايتين: يقضي بالعقود كلها إلا بعقد يرجع الحقوق فيه إلى العاقد كالبيع، وما أشبهه؛ لأن الحقوق إذا كانت ترجع إلى الأب؛ كان له فيه منفعة، فكانت الشهادة واقعة للأب، فأما كل عقد لا يرجع حقوقه إلى العاقد؛ لا يكون للأب فيه منفعة سوى تنفيذ القول، وهذه المنفعة عند محمد لا يصلح مانعة قبول الشهادة في إحدى الروايتين.

وإن كان الوكيل والموكل يجحدان ذلك كله، فإن كان الخصم يجحد أيضاً، لا يلتفت إلى هذه الشهادة؛ لأنها خلت عن الدعوى، وإن كان الخصم يدعي تقبل شهادتهما عندهم جميعاً؛ لأنه لا منفعة للأب في هذه الشهادة، بل له فيه ضرر؛ لأنه يثبت كذبه، فكانت شهادة على الأب، والشهادة على الأب مقبولة.

وإن كان الوكيل يقر بكلا الأمرين، والموكل يدعي الأمر، ويجحد العقد، فإن كان الخصم يدعي ذلك، فإنه يقضي بالعقود كلها إلا في النكاح على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده إقرار الوكيل على موكله بالعقود كلها صحيح إلا بالنكاح، فيقع الحاجة إلى إثباته بالبينة، وشهادة ابن الوكيل على ذلك لا تقبل، وعندهما القاضي يقضي بالعقود كلها؛ لأن إقرار الوكيل على الموكل بالعقود كلها صحيح، ولا يحتاج فيه إلى البينة.

١٤٩٦٨ - وإذا جعل الرجل أمر امرأته بيد أجنبي، فطلقها، فشهد ابنا المطلق أن الزوج جعل أمر امرأته بيد أبيهما، وأنه طلقها، والأب حي يدعي بذلك، أو ميت؛ لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف بقول جعل أمر امرأته بيد أجنبي توكيل له بالطلاق، وقد بينا هذه المسألة، ثم جعل موت الوكيل بمنزلة ادعائه حال حياته.

وعن أبي يوسف: أن غيبته بمنزلة موته، وجه ذلك أن المنافع من الفصول وقوع الشهادة للأب، فإذا كان الأب حيا يدعي، فالشهادة واقعة له بإثبات فعله، وإذا كان حي يجحد فالشهادة واقعة عليه، وإذا لم يعرف جحوده، بأن مات، أو غاب كانت الشهادة واقعة للأب باعتبار الأصل من حيث إن فيها إثبات فعله، فلا تقبل.

١٤٩٦٩ - قال محمد في الجامع: رجلان شهدا أن أباهما طلق أمهما، فإن

كان الأب يدعي، فلا حاجة إلى الشهادة؛ لأن الأب أقر على نفسه بالطلاق. وإن كان الأب يجحد... فإن كانت الأم تدعي فلا تقبل شهادتهما، وإن كانت تجحد تقبل شهادتهما؛ لأن الطلاق في حق الأم دائر بين الضرر والنفع من حيث إن به يحصل لها الخلاص عن حبالة الزوج، ويرتفع عنها قيد النكاح نفع، ومن حيث إن ثمرات النكاح ومقاصده وحقوقه مشتركة بين الزوجين، والطلاق يبطل ذلك عليها ضرر، وكل منفعة يشوبها ضرر ترجح المنفعة بالدعوى، والضرر بالجحود؛ لأن أحداً لا يجحد ما ينفع، ولا يدعي ما يضر، فإن ادعت الأم الطلاق، ترجح النفع فيهما على الضرر، فكانت الشهادة واقعة للأم، وإن جحدت ذلك ترجح الضرر على النفع، فكانت الشهادة واقعة عليها، فقبلت.

وفي "فتاوى شمس الإسلام الأوزجندي": أن الأم إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما، قال: وهو الأصح؛ لأن دعواها لغو، فإن الشهادة على الطلاق تقبل حسبة من غير دعواها، فصار دعواها لغواً، فجعل وجودها وعدمها بمنزلة. ولو عدم دعواها تقبل شهادتهما، فههنا كذلك، وعندي أن ما ذكر في "الجامع" أصح.

١٤٩٧٠ - ولو أن رجلين شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت عن الإسلام، والمرأة تنكر ذلك، فإن كانت أمهما حية، وهي في نكاح أبيهما، لا تقبل الشهادة ادعى الأب ذلك، أو جحده، أما إذا ادعى فلأن هذه الشهادة، وقعت للأب.

بيانه: أن الأب لما ادعى الردة عليها، فقد ادعى سقوط جميع الصداق إن لم يكن مدخولا بها، وسقوط نفقة العدة إن كانت مدخولا بها، إلا أنه لا يصدق على ذلك إذا لم تصدقه المرأة فيهما بهذه الشهادة يثبت ذلك، وأما إذا كان الأب يجحد فلأن هذه الشهادة وقعت للأم بخلوص الفراش لها، وهذه منفعة لا يشوبها ضرر، فمنعت قبول الشهادة، ادعت الأم ذلك، أم جحدت.

وإن كان أمهما ميتة، فإن ادعى الأب ذلك، لا تقبل شهادتهما، وإن جحد تقبل؛ لأنه لا منفعة للأم في هذه الشهادة، فيعتبر جانب الأب، وفي جانب الأب يترجح النفع بالدعوى، والضرر بالجحود.

وإن شهدا أن أباهما خالع أمهما على صداقها، فإن ادعى الأب ذلك، لا تقبل

شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما؛ لأن الطلاق قد وقع بإقرار الأب، بقيت هذه الشهادة لبراءة الأب عن الصداق كلا أو بعضًا، فلا تقبل، وإن جحد الأب ذلك، فإن كانت الأم تدعي، لا تقبل شهادتهما، وإن كانت تجحد تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا، وإن شهدا أن أباهما خالع امرأته وأمهما ميتة، فإن كان الأب يدعي لا تقبل شهادتهما، وإن كان يجحد تقبل شهادتهما.

١٤٩٧١- ولو أن رجلا تزوج امرأة، وطلقها قبل الدخول بها، ثم تزوجها مرة أخرى، فشهد ابناه أنه كان طلقها ثلاثًا في النكاح الأول، وتزوجها ثانيًا قبل أن تتزوج بزوج آخر، فهذه المسألة أيضًا لا تخلو من الوجوه التي ذكرناها من دعوى الأب أو إنكاره، ومن دعوى المرأة أو إنكارها، فإن ادعى الأب، فإن صدقته المرأة، يثبت الفرقة، وسقط جميع المهر بتصادقهما، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإن أنكرت المرأة، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة واقعة للأب.

بيانه: أن الحرمة وإن ثبتت بإقرار الزوج، إلا أنه لزمه نصف المهر؛ لأن النكاح صحيح بظاهر الحال، والفرقة فيه بالطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف المهر، فلو قبلنا شهادتهما، سقط المهر كله؛ لأن النكاح في المطلقة ثلاثًا لا يوجب المهر إلا إذا اتصل به الدخول، ولم يوجد الدخول، فكانت هذه شهادة للأب من هذا الوجه، فلا تقبل، وإن أنكر الأب تقبل شهادتهما، ادعت المرأة ذلك، أو أنكرت؛ لأنه إن كان في هذه الشهادة منفعة للأب بسقوط جميع الصداق، ففيه ضرر له أيضًا بزوال ملك النكاح على الأب، وقد بينا أن فيما يدور بين النفع والضرر يعتبر الدعوى والإنكار، وعند الإنكار يترجح جانب الضرر، فكانت شهادة على الأب، وسقط جميع الصداق عنه ضرورة قبول شهادة على الطلقات الثلاث.

ثم في هذه المسائل إنما قبلنا شهادتهما وإن لم يسبق دعوى أحد لما شهدا؛ لأنه شهادة على تحريم الفرج، وأنه حق الله تعالى، والشهادة في حقوق الله تعالى تقبل حسبة من غير دعوى.

١٤٩٧٢- ولو أن أمة لرجل شهد ابناه، وهما حران مسلمان أن مولاها أعتقها على ألف درهم، فإن ادعى المولى ذلك، فالعتق واقع بإقرار المولى، فيتمحض هذا

شهادة على الأم بالمال، فقبلت. وإن أنكر المولى، فإن ادّعت لا تقبل شهادتهما، وإن أنكر تقبل شهادتهما؛ لأن العتق على مال دائر بين الضرر والنفع، النفع في زوال الملك والرق عنها، والضرر في لزوم المال عليها، فيعتبر جانب النفع عند الدعوى، فتكون شهادة لها، ويعتبر جانب الضرر عند الإنكار، فتكون شهادة عليها، فتقبل.

أكثر ما فيه أن هذه الشهادة خلت عن الدعوى، إلا أن الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير دعوى، ومتى ثبت العتق وجب المال؛ لأنه تبع للعتق، وإن شهد ابنا المولى بذلك، فإن ادعى المولى لا تقبل؛ لأن العتق وقع بإقرار، والشهادة بالمال شهادة لأبيهما، وإن أنكر المولى قبلت شهادتهما؛ لأن العتق على مال دائر بين الضرر والنفع في حق المولى، فترجح جانب الضرر بالإنكار في حقه، فكان شهادة على الأب.

ولو كان مكان الجارية غلامًا، وقد شهد ابنا المولى بذلك، وأنكر المولى والغلام ذلك، لا تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة؛ لأن هذه شهادة على عتق العبد، وعنده الدعوى من العبد شرط قبول الشهادة، وعندهما تقبل الشهادة؛ لأن دعوى العبد عندهما ليس بشرط

١٤٩٧٣ - ولو شهد رجلان أن أباهما باع هذه الجارية من هذا الرجل، أو قالا هذا العبد فأعتقه المشتري هذا، فإن ادعى الأب ذلك، لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع دائر بين الضرر والنفع في حق المولى؛ لما فيه من زوال ملكه إلى خلف، فيعتبر النفع عند الدعوى، فكانت هذه شهادة لأبيهما، ولكن يعتق العبد؛ لأن البائع مالكه ظاهرًا، وقد أضاف العتق بإقراره إلى من زعمه مالكًا، فنفذ إقراره عليه، والولاء موقوف؛ لأنه تعذر إثباته من جهة المشتري لإنكاره ومن البائع؛ لأنه أقر بالعتق على غيره، وتعذر قبول الشهادة على الولاء على المشتري؛ لأنه لا بد لذلك من إثبات الشراء منه، وفي ذلك نفع للبائع، ولا تقبل شهادة ابنيه في ذلك، وإن أنكر الأب، وادعت الجارية، وأنكر المشتري أيضًا، أو هو غائب، فشهادتهما جائزة؛ لأن عند الإنكار يترجح جانب الضرر، فكانت شهادة على أبيهما، فقبلت.

ولا يقال: بأنه قضاء على الغائب بالشراء، أو لغائب، أو قضاء بالشراء عند حضرة المشتري من غير دعوى، والبينة في الشراء لا تقبل من غير دعوى الخصم؛ لأنه

من حقوق العباد؛ لأنا نقول: هذه البينة قامت بعد دعوى صحيحة من خصم، وهي الجارية، ولأنها ادعت العتق من جهة المشتري، ولا يتوصل إلى إثبات العتق من جهته إلا بإثبات الشراء له، فانتصب خصمًا عنه في إثبات الشراء له بواسطة إثبات العتق لنفسه، فكانت هذه البينة قائمة من خصم على خصم، فقبلت، وقضي بالشراء؛ لأنه ثبت ضمنًا للعتق، ووجب للبائع الثمن على المشتري ضرورة إثبات الشراء.

١٤٩٧٤ - وفي «كتاب الأقضية»: ذكر ابن سماعة عن محمد: في رجل ضمن لرجل ما باع فلانًا من شيء، فقال الطالب: قد بايعت فلانًا بيعًا بألف درهم، فجحد الضامن ذلك، فشهد عليه ابناه أنه قد بايعه بيعًا بألف درهم، فإن شهادتهما جائزة؛ لأن هذه شهادة على أبيهما، فقبلت. وكذلك(١) إذا جحد الضامن، فشهد ابناه أن فلانًا أمره أن تضمن عنه، فإنك ضمنت عنه لفلان ما باعه من شيء، وقد باع بيعًا بألف درهم، فإن شهادتهما عليه جائزة، ويؤخذ بالألف، ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عنه، فقد جوز شهادتهما على الضمان، وعلى الآمر حتى قال: لا يؤخذ بالألف، ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عنه، أما قبول الشهادة على الضمان فظاهر، وأما قبول الشهادة على الآمر، ورجوع الأب على الآمر بالضمان مشكل، أما الشهادة على الآمر فلوجهين: أحدهما: أن الشهادة في حقوق العباد لا تقبل إلا بعد سابقة الدعوى، ولم يوجد؛ لأن الضمين جحد الأمر والضمان جميعًا، ولا حق للطالب في الأمر ليدعيه، فكيف تقبل هذه الشهادة.

والثاني: أن الشهادة على الآمر شهادة لأبيهما؛ لأن فيه منفعة خالصة من غير شوب مضرة؛ فإنه يرجع بما يؤدي على الآمر، والشهادة لأبيهما لا يجوز أن تقبل. أما رجوع الأب على الذي عليه الأصل مشكل؛ لأن في زعمه أنه لا رجوع له على الذي عليه الأصل، فكيف يرجع؟

الجواب عنه: أما الأول فنقول: إن هذه شهادة بعد دعوى صحيحة من الطالب؛ فإنه يدعي الضمان بأمر، وهو أحد نوعي الضمان، وقد أثبت ذلك بهذه البينة قوله: لا حق للطالب في الأمر، فكيف يعتبر دعواه؟ قلنا: ليس كذلك، بل للطالب فيه حق،

(١) هكذا في ظ، وكذا في الأصل ور: «وكذلك إذا شهد ابناه أن فلانًا... إلخ».

فإنه لو ثبت الأمر تساهل الكفيل في الأداء؛ لأنه إنما يؤدي بعوض، وإذا لم يثبت الأمر، يؤدي بغير عوض، فيتحامى في الأداء، فثبت أن له حقًا في الكفالة والأمر جميعًا، فصحت دعواه، فقبلت هذه البينة لما قلنا: إنها شهادة على أبيهما.

قوله: لأن الشهادة بالأمر شهادة لأبيهما، فإنه يرجع بما يؤدي على الآمر، قلنا: فيه روايتان في رواية لا يرجع به عند الأداء، وجهه ما ذكرنا في الإشكال، وعلى هذه الرواية يرجع، ووجه قبول هذه الشهادة أن هذه شهادة على الأب؛ لأن الكفالة بأمر دائر بين الضرر والنفع من حيث إنه يجب الأداء من ماله فيه ضرر، ومن حيث إنه يستوجب الرجوع به على الأصيل فيه نفع، ولكن قد ذكرنا أن المنفعة للمجحودة لا عبرة لها، وهي مجحودة ههنا، فلهذا اعتبرناها شهادة على أبيهما.

وقوله: بأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الأصيل، فكيف يرجع عليه؟ قلنا: صار مكذبًا في زعمه، حيث قضى القاضي بخلافه عليه، فلا يعتبر زعمه أصلا[1].

١٤٩٧٥ - قال في كتاب الحوالة: رجل كفل عن رجل بمال بأمره، فشهد على ذلك ابنا المطلوب الذي عليه الأصيل، فهو جائز، ويؤاخذ الكفيل بالمال، وإذا أدى المال يرجع على الذي عليه الأصل، أما جواز شهادتهما في حق الكفيل فلأنهما أجنبيان عنه، غير متهمين في حقه، فقبلت شهادتهما، وأما في حق الأصيل بالرجوع عليه؛ لأنها شهادة على أبيهما، فقبلت، لو كان الشهود ابنا الكفيل، فإن ادعى الكفيل ذلك، فقد ثبتت الكفالة بإقراره، فوقع الاستغناء عن الشهادة، وإنما يحتاج إلى الشهادة لإثبات الأمر، وأنه شهادة لأبيهما من حيث أن يثبت له حق الرجوع على الذي عليه الأصل، فلم تقبل، وإن جحد الكفالة قبلت شهادتهما؛ لأنها شهادة على أبيهما، فإن أدى رجع على الأصيل؛ لأن الثابت بشهادتهما أحد نوعي الكفالة، وهو الكفالة بأمر، وقد ثبتت شهادتهما؛ لأنها عليه، فإن عامة الكفالة، وإن ترددت بين الضرر والنفع في حقه باعتبار حق الرجوع عند الأداء، ولكنها لما كانت مجحودة لا يعتبر النفع، فبقي شهادة على أبيهما، فقبلت لهذا.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل: أصيلا

وإذا ثبتت الكفالة والأمر، صحت الرجوع، كما ذكرنا من الأمثلة، فإن ابن سماعة عن محمد: في رجل ادعى أن له على رجل ألف درهم، فضمنها عنه ثلاثة نفر، قال ابن سماعة: يعني كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه بأمره، فأخذ الطالب أحد الضمناء الثلاثة، فشهد عليه ابنا الضامنين الآخرين أن لهذا الطالب على فلان ألف درهم، وأن أبويهما وهذا ضمنوا عنه لهذا بأمره، وكل واحد منهم ضامن عن صاحبه بأمره، وشهد معهما آخر، فإني أقضي للطالب على هذا الضامن الحاضر بألف درهم، وإذا أدى رجع به على الذي عليه الأصل؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما، لا على الطالب، ولا على الأصيل؛ لأنهما أجنبيان عنهما، لا ينتفعان بشهادتهما بوجه ما، ولا يكونان متهمين فيها، فقبلت شهادتهما، وإذا قبلت شهادتهما ثبت المشهود به والمشهود به الكفالة بأمره، وإنه يقتضي الرجوع عند الأداء، فإذا أدى رجع بها على الأصيل.

وأما شهادتهما على أبويهما بالضمان، فحكمها موقوف؛ لأن الكفالة بأمر مترددة بين النفع والضرر، وإنما يترجح أحدهما على الآخر بالدعوى أو الإنكار، فتوقف إلى حضورهما حتى ينظر أيقران بذلك أم ينكران، فإذا حضرا، فإن جحدا ذلك، قبلت شهادتهما؛ لأنه ترجح جانب الضرر، فكانت شهادة عليهما، وإن ادعيا لم تقبل؛ لأنه ترجح جانب النفع في شهادتهما، وكانت شهادة لأبيهما، فلا تقبل ذلك. ولكن تثبت الشهادة على الضامن الثالث مقبولة على ما قدمنا، فإن أداها الثالث، وأراد أن يرجع على أبوي الشاهدين بحصتهما، كان له ذلك؛ لأنهما قد أقرا بالضمان والأمر، وإقرارهما حجة عليهما، فإن رجع عليهما، لم يرجعا على الأصيل حتى إذا جحد الأصيل أن يكونا ضمنا عنه بأمره؛ لأن إقرارهما بالضمان صحيح؛ لأنه إقرار على أنفسهما، فأما بالأمر فلا، فإنه إقرار على الأصيل، ولا يجوز أن يكون الإقرار حجة على غير المقر، وكذلك إن ضمنهما الطالب لم يرجعا على الأصيل ولا على الضامن الثالث بحصته الأمر؛ لأن ضمانهما إنما يثبت بالإقرار، وإنه حجة قاصرة، فلا يعدوهما، فلا يثبت الأمر به، والرجوع من حكم الأمر بالضمان.

١٥٩٧٦ - قال ابن سماعة عن محمد: في رجل اشترى من رجل عبدًا، وأعتقه، واشترى ذلك العبد عبدًا وأعتقه، ومات المولى الأسفل والأوسط والأعلى جميعًا، فأقام رجل البينة أنه ابن الميت، وأراد أخذ تركته، فشهد ابنا المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه

من فلان، وهو يملكه، فأعتقه، جازت شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة إنما قامت من حيث الحقيقة لإثبات الولاء لمولى أبيهما دون أبيهما فقط، أقصى ما في الباب أنه تثبت نسبة الولاء إلى أبيهما، إذا ثبت الولاء لمولى أبيهما، ولكن المعتبر في رد الشهادة وقبولها النظر إلى من وقعت عليه الشهادة دون غيرها، وباعتبار ما قامت هذه الشهادة لأبيهما فقبلت، ألا ترى أنه إذا شهد لأخيه بمال، تقبل شهادته، والمشهود به إذا ثبت للأخ يثبت للأب فيه حق وشهادته لأبيه غير مقبولة، لكن لما كان نفس المشهود به حق الأخ دون الأب، تقبل شهادته، وإن كان يفضي إلى إثبات الحق للأب، كذا هنا.

ولو كان المولى الأوسط مات أيضاً، ولم يترك وارثاً إلا المولى الأعلى، ثم شهد ابنا المولى الأعلى بما ذكرنا، لم تقبل شهادتهما؛ لأن الوارث ههنا المولى الأعلى؛ لأن بموت الأوسط انجر الولاء إلى الأعلى، فقد شهدا لأبيهما بالميراث، فلا تعتبر الدعوى والإنكار فيما يدور بين الضرر والنفع.

ولو مات المولى الأوسط، ثم مات المولى الأسفل أيضاً، ولم يترك وارثاً إلا ابنة له، والمولى الأعلى، فادعى رجل أن المولى الأسفل كان عبداً له، وأقام البينة، وادعت الابنة أنه كان حراً، وأن المولى الأوسط أعتقه، وهو يملكه، والمولى الأعلى ينكر ذلك، فشهد ابنا المولى الأعلى أن الأوسط اشتراه من فلان وهو يملكه، ثم أعتقه فإني أجيز شهادتهما، وأجعله حراً من المولى الأوسط، ويكون الميراث بين ابنته، والمولى الأعلى نصفين، وإنما شرط إنكار الأب لجواز شهادتهما؛ لأن عند إنكاره يتمحض هذه الشهادة للابنة، فوجب قبولها، وإذا قضى بها ثبت الولاء للمولى الأعلى بواسطة الأوسط، وكان الميراث نصفه للابنة، ونصفه للمولى الأعلى بالعصوبة من جهة الولاء.

واستشهد محمد لهذا في رجل شهد عليه ابناه أن هذا ابنه، وهو ينكر ذلك أني أجيز شهادتهما؛ لأن شهادتهما قامت على الأب، وإذا جازت ثبت نسبه منه، فإن مات هذا الابن ورثه منه، وإن كان أنكر نسبه؛ لأنه صار مكذباً بقضاء القاضي، فلا يبقى لزعمه عبرة.

١٤٩٧٧ - وإذا اشترى الرجل عبداً وقبضه، ودفع الثمن، فادعى العبد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه منه، وشهد له بذلك ابنا البائع، فإنه لا تقبل بحق العبد، حتى

بكر، والمطلوب يدعي، إن كانت الحوالة بغير أمر تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة على أبيهما، فإنه لا رجوع له عند الأداء، وإن كانت الحوالة بأمره فقد تردد بين الضرر والنفع، فيتردد بين أن تكون شهادة على أبيهما أو لأبيهما، فإن ادعى لا تقبل شهادتهما، وإن أنكر تقبل.

١٤٩٨٠- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل باع دارًا، ولم يقبضها المشتري حتى جاء شفيع الدار، وخاصم فيها، فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلم الدار للشفيع بشفعته، ثم اشتراها منه بالثمن، لا تقبل شهادتهما، أما على قول من لا يرى بيع العقار قبل القبض؛ لأن ما شهدا به بيع باطل، وأما على قول من يرى بيع العقار قبل القبض، فلأنهما بهذه الشهادة يبطلان خصومة الشفيع عن أبيهما؛ لأن الخصم في الشفعة قبل القبض البائع[1]، ولأن بها تكون العهدة عليه.

وكذلك لو شهدا أن الشفيع سلم الشفعة في الدار، لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا، وهذا إذا ادعى الأب ما شهدا به، فأما إذا جحد ما شهدا به، تقبل شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على الأب بوجوب تسليم الدار إلى المشتري، فكانت شهادة على أبيهما من هذا الوجه.

١٤٩٨١- ولو كان المشتري قبض الدار من البائع، ثم شهد ابنا البائع على تسليم المشتري الدار إلى الشفيع بشفعته، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة يريدان تبعيد العهدة عن أبيهما، فكانا شاهدين لأبيهما، وسواء ادعى البائع ما شهدا به أو جحد ذلك؛ لأن تسليم المشتري الدار إلى الشفيع محض منفعة في حق البائع، لا ضرر فيه، وإن شهدا أن الشفيع سلم الشفعة في الدار للمشتري تقبل الشهادة؛ لأن هذه الشهادة على الأب بتقريب العهدة إليه.

١٤٩٨٢- قال في كتاب الحوالة[2]: رجلان لهما مال على رجل أحالا به على غريم لهما، وجحد الطالب الحوالة، فشهد على الطالب ابناه، أو ابنته، أو أمه أو امرأته، قبلت شهادتهم؛ لأن هذه الشهادة على الطالب بسقوط مطالبته عن الأول، فلم

(١) سقط من أ.

(٢) هكذا في الأصل و ب، وكذا في ط: في كتاب الحوالة.

بتمكن التهمة في شهادتهم، فقبلت. ولو شهد ابنا المطلوبين الأولين، فإن ادعى أبوهما ذلك، لا تقبل شهادتهما، وإن جحد ذلك تقبل شهادتهما؛ لأنها دائرة في حق أبيهما بين النفع، وهو براءتهما، وبين الضرر، وهو شغل الذمة لو كان لهما على المحتال عليه دين، وثبوت حق الرجوع عليهما لو لم يكن لهما عليه دين، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار.

وأما شهادة ابني المحتال عليه إن ادعى ذلك أبوهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه يدور بين النفع في حق أبيهما، وهو سقوط حق مطالبة المحتال منه، والضرر وهو توجه مطالبة المحتال له نحوه، فيعتبر فيه الدعوى والإنكار.

١٤٩٨٣ - قال محمد في "الجامع": جارية في يدي رجل ادعى رجل أنه اشترى هذه الجارية من فلان بمائة درهم. وأن فلانًا ذلك اشتراها منه بألف درهم، وقبضها قبل أن يبيعها مني، وأنكر الذي في يده الجارية، والمشتري الأول، فشهد ابنا الذي في يديه الجارية بذلك، قبلت شهادتهما على أبيهما، وعلى المشتري الأول بالبيع، وإذا قبلت قضى لصاحب اليد على المشتري الأول بألف درهم، وقضى للمشتري الأول على المشتري الثاني بمائة دينار، وإن كان المولى والمشتري الأول يكذبان ذلك؛ لصيرورتهما مكذبين في إنكارهما بالبينة العادلة. وإن كان الذي في يديه الجارية يدعي ذلك، والمشتري الأول ينكر، لا تقبل شهادتهما، وكانت الجارية للمشتري الثاني؛ لأن ذا اليد مالك لها ظاهرًا، وقد أقر بكونها مملوكة للمشتري الآخر، فيصح إقراره بذلك، ولا يقضى للذي في يديه على المشتري الأول بشيء؛ لأن الشهادة إذا لم تقبل خرجت من البين، بقي إقرار الذي في يديه، وإقرار الإنسان حجة عليه، وليس بحجة على غيره. ولا يكون للذي في يديه أن يحبس الجارية من المشتري الآخر حتى يستوفي الثمن منه. سواء ادعى المشتري الآخر أنه قبض الجارية من المشتري الأول، وصدقه صاحب اليد في ذلك، أو لم يصدقه في ذلك؛ لأن حق حبس المبيع من حقوق العقد، فإنما يثبت للبائع أو لمن قام مقام البائع وذو اليد لم يبع الجارية من المشتري الآخر، وليس هو بقائم مقام البائع، فلهذا لا يكون له ذلك، ولا يكون للذي في يديه أن يقبض المائة الدينار من المشتري الآخر، قضاء بالذي وجب له على المشتري الأول في زعم المشتري الآخر؛ لأن الواجب له على المشتري الأول في زعم المشتري الآخر ألف درهم، والواجب للمشتري الأول على المشتري الآخر في زعمه مائة دينار، وعند اختلاف الجنس لو وجد عينًا عند من

عليه اليمين، أو عند غيره، لا يكون له حق الأخذ، فإذا وجد ذلك عند غيره أولى أن لا يكون له حق الأخذ. ولو كان المشتري الآخر يدعي أنه اشتراها بألف وخمسمائة، حتى كان الثمنان من جنس واحد، والمشتري الأول يجحد ذلك، والذي في يده الجارية صدّق المشتري الآخر فيما قال، فإن ادّعى المشتري الآخر أنه قبض الجارية من المشتري الأول بإذنه وصدّقه ذو اليد في ذلك، لا يكون لذي اليد أن يحبس الجارية من المشتري الآخر، لما قلنا، ولا يعطيه المشتري الآخر من الثمن شيئاً لما ذكرنا أن ذا اليد لم يبعها منه، لكن المشتري الآخر إن خيّر بين المشتري الأول وبين الثمن، حتى صار الثمن ملكاً للمشتري الأول بتصادق ذي اليد والمشتري الآخر، كان لذي اليد أن يأخذه؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مال المشتري الأول، وإن لم يكن خلى لا يؤمر المشتري الآخر بإعطائه؛ لأن الحق في ذلك للمشتري الأول، وهو ينكر.

ولو أن المشتري الآخر أقر أنه لم يقبض الجارية من المشتري الأول، ففي القياس الجواب كذلك لا يكون لذي اليد أن يحبس الجارية من المشتري الآخر، وفي الاستحسان يكون له حق حبس الجارية من المشتري الآخر حتى يستوفي منه الثمن، إن كان المشتري الآخر اشتراها بألف، أو بألف وخمسمائة، وإن كان اشتراها بخمسمائة يحبسها حتى يستوفي خمسمائة.

وجه القياس ما مر أن الحبس حكم من حقوق العقد، فلا يثبت إلا للعاقد، أو من قام مقام العاقد، ولم يوجد شيء من ذلك في حق ذي اليد، فلا يكون له حق الحبس، كما في المسألة المتقدمة.

وجه الاستحسان أن صاحب اليد بائع الجارية من المشتري الآخر من وجه من حيث إن البيع من المشتري الآخر إنما ظهر بتصديق ذي اليد إياه فيما ادعاه، وليس ببائع إياها منه من وجه من حيث إنه لم يجر بينهما حقيقة، ولو كان بائعاً لها منه من كل وجه، ولم يكن المشتري الآخر قبضها منه، كان له حبسها من المشتري الآخر حتى يستوفي الثمن منه، سواء كان باعها بدراهم أو بدنانير، ولو لم يكن بائعاً لها من كل وجه، لم يكن له حق الحبس من المشتري الآخر، سواء باعها بدراهم أو بدنانير، فإذا كان بائعاً لها منه من وجه دون وجه، عملنا بهما، فمن حيث إنه ليس ببائع لها منه من وجه، لا يثبت

حضر الطالب، وأنكر الوكالة، فكانت هذه شهادة على أبيهما، وشهادة الابن على أبيه مقبولة، أما في مسألة كتاب الوكالة، المطلوب وإن كان مقراً لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره، وإنما يجبر عليه بالشهادة، فكانت هذه الشهادة واقعة لأبيهما، فلا تقبل.

١٤٩٨٥ - أصل هذه المسألة أن من جاء إلى مديون رجل، وقال: أنا وكيل فلان بقبض الدين منك، وصدّقه المديون بذلك، يؤمر بتسليم الدين إليه، وإن قال الآخر: أنا وكيل فلان بقبض الوديعة منك، لا يجبر على دفع الوديعة إليه، وإن صدّقه في ذلك؛ لأن المديون يقر على نفسه؛ لأنه يقر بحق القبض له في ملكه، فكان إقراراً على نفسه، فصح، وفي الوديعة إنما يقر بحق قبض ملك الغير، وإقراره على غيره لا يصح.

وروي عن أبي يوسف أن في الوديعة أيضاً يجبر المودَع على الدفع إلى الوكيل؛ لأنه يقر على نفسه بأن الوكيل أولى منه بقبض العين، وأنه ضامن لهذا العين إذا منعه عن الوكيل، فكان مقراً على نفسه، فيصح إقراره عليه، فعلى قياس هذه الرواية: يجب أن يكون الجواب في الوكالة بالخصومة في الدار وفي الدين سواء.

هذا إذا كان الموكل طالباً، فإن كان الموكل هو المطلوب، وقد ادعى الطالب في داره دعوى، فشهد ابنا المطلوب أن أباهما وكّل هذا الرجل بخصومته، فإن كان الوكيل يجحد الوكالة، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة خلت عن الدعوى، وبدون الدعوى لا تقبل الشهادة في حقوق العباد، وإن كان الوكيل يدعي الوكالة، لا تقبل هذه الشهادة أيضاً أقر الطالب بالوكالة أو جحدها؛ لأن هذه بينة قامت على غير خصم؛ لأن الطالب لا يكون مجبراً على الدعوى، وإن كان هو وكيلاً عن المطلوب، كما لا يجبر عند حضرة المطلوب، فلم يكن خصماً في حق إثبات الوكالة، والبينة لا تقبل إلا على خصم، ولأنهما بهذه الشهادة ينصبان نائباً عن أبيهما؛ لأن بإقرار الطالب لا يثبت وكالة الوكيل، وإنما يثبت بالشهادة، فهما ينصبان بشهادتهما نائباً عن أبيهما ليخاصم عنه، ويقيم حجة الدفع حتى يتقرر ملك أبيهم فيما وقعت فيه الخصومة، فكانا شاهدين لأبيهما، فلا تقبل شهادتهما.

وإن شهد ابنا المطلوب على أن فلاناً وكّل هذا الرجل بالخصومة مع أبيهم في هذه

بذلك الحقوق عليه، ومن هذا الوجه عليه فتعتبر فيه الدعوى والإنكار.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: قال: وقال أبو حنيفة: إذا شهد أبناء الميت أو رجلان أوصى لهما الميت بوصية، أو رجلان للميت عليهما دين، أو رجلان لهما على الميت دين، أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، والموصى إليه يدعي الوصية، فالشهادة بالوصية جائزة.

يجب أن يُعلم أن جنس هذه المسألة خمسة أقسام: الغريمان اللذان للميت عليهما دين، والغريمان اللذان لهما على الميت دين، والموصى لهما، والموصى إليهما، والوارثان. والمشهود به ثلاثة أشياء: الإيصاء والوصية والوارث.

أما الغريمان اللذان للميت عليهما دين إذا شهدا بالوصاية، أو الوصية، أو الوارث، إن كان الخصم جاحداً لا تقبل شهادتهما، إما لأن هذه الشهادة خلت عن الدعوى في حقوق العباد، وإما لأنهما يثبتان لأنفسهما من يحصل لهما البراءة بأداء الدين إليه، فكانا متهمين في هذه الشهادة، فلا تقبل شهادتهما.

وإن كان الخصم يدعي ذلك، قبلت شهادتهما، سواء كان الموت ظاهراً أو لم يكن، أما إذا كان الموت ظاهراً فلأنه زال ملك الميت بالموت، وانتقل إلى الوارث، فقد أقر بهذه الشهادة أن حق القبض لهذا المدعي بحكم الوصاية، أو الوصية، أو الوراثة، فصح إقراره على نفسه.

وأما إذا كان الموت غير ظاهر؛ فلأنهما يقولان: إن رب الدين قد مات، وإن الدين الذي علينا حقك، وأن ولاية الاستيفاء لك، وهذا إقرار منهما على أنفسهما؛ لأن الدين إنما يقضى من مال المديون، فصح إقرارهما عليه، فإذا استوفى منهما، فإن ظهر أنه ميت، فقد تم الاستيفاء، وإن ظهر أنه حيٌّ، استرد ما دفع إليه.

وأما الغريمان اللذان لهما على الميت دين إذا شهدا بالوراثة، أو الوصاية أو الوصية، فإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يريدان إثبات الموت ليحل الدين في التركة، وفي ذلك نفع لهما، فلا تقبل شهادتهما، وإن كان الموت ظاهراً، فإن كان المشهود له لا يدعي، فكذلك لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشهادة في حق العباد بدون سابقة الدعوى لا تقبل، ولأنهما يثبتان خليفة للميت يمكنهما مطالبته بإيفاء

الدين، ولهما فيه منفعة ظاهرة، فلا تقبل شهادتهما.

وإن كان المشهود له يدعي ذلك، فالقياس أن لا تقبل شهادتهما؛ لما ذكرنا من تمكن التهمة في شهادتهما؛ لأنهما ينصبان لأنفسهما بهذه الشهادة خصمًا يطالبانه بإيفاء الدين، وفي الاستحسان: تقبل شهادتهما؛ لأن الموت إذا كان ظاهرًا كان للقاضي ولاية نصب الوصي ليقوم بما هو من حقوق الميت، نحو قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وما أشبه ذلك، إلا أن القاضي يحتاج إلى التعيين، فمتى شهدا بوصايته، فقد كفياه مؤنة التعيين، فتقبل شهادتهما، وبه ظهر انتفاء التهمة عن شهادتهما من هذا الوجه، بخلاف ما إذا كان الوصي لا يدعي ذلك؛ لأنه ليس للقاضي ولاية نصب الإنسان وصيًا على كره منه، فإذا كان لا يدعي الإيصاء، لو نصبه القاضي عليه إنما ينصبه بشهادتهما، فتحصل المنفعة للشاهدين بشهادتهما على ما مر.

فأما الوارثان إذا شهدا بالوصي إليه، وكان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما، سواء كان المشهود له طالبًا بذلك، أو كان جاحدًا؛ لأنهما يثبتان لأنفسهما وجوب الميراث بالموت، وينصبان لأنفسهما من يقوم بحقوقهما، ويلي التصرف لهما، فقد جرّا به لأنفسهما مغنمًا، فلا تقبل شهادتهما.

وإن كان الموت ظاهرًا، وكان المشهود له طالبًا لذلك، تقبل استحسانًا، لما أن للقاضي ولاية نصب الوصي، لكنه يحتاج إلى التعيين، فقد كفيا عنه مؤنة التعيين، فتقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا شهدا بالوكالة حال حياة الأب، إذ ليس للقاضي أن ينصب عنه وكيلا في حياته، فلو نصبه نصبه بشهادتهما، وهما يشهدان لأبيهما.

وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهرًا؛ لأن الموت إذا لم يكن ظاهرًا، فليس للقاضي أن ينصب عنه وصيًا، فلو نصبه نصبه بشهادتهما، فهما يشهدان لأبيهما، فلا تقبل شهادتهما.

وأما الموصى إليهما إذا شهدا بوصي آخر معهما، فإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يثبتان حلول الوصاية بالموت، ويثبتان عونًا معهما، فلا تقبل شهادتهما، وإن كان الموت ظاهرًا، وكان المشهود له طالبًا لذلك، تقبل شهادتهما استحسانًا؛ لأنهما لا يثبتان بشهادتهما إلا ما كان للقاضي أن يفعله بدون شهادتهما.

وهو نصب الوصي إن أحس بخلل، وإذا ذكروا وصاية أخرى، فقد نسبوا أنفسهم إلى العجز، حيث لم يكتف الميت بهما وصيًا، فتقبل شهادتهما.

وأما الموصى لهما إذا شهدا بالموصى إليه، فهو على الأقسام التي ذكرنا، فإن كان الموت ظاهرًا، والمشهود له يطلب ذلك، قبلت شهادتهما، وإن كان الموت غير ظاهر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا بحلول حقهما بالموت، وأثبتا للميت نائبًا يمكنهما مطالبته بالوصية، فكانا متهمين فيه، فلا تقبل، وإن لم يكن المشهود له طالبًا[1] لذلك، لا تقبل شهادتهما في الفصول كلها؛ لانعدام الشهادة فيما هو من حقوق العباد.

---

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل و م: وإن كان المشهود له طالبًا.

الفصل السابع
فيما يجوز من الشهادات وما لا يجوز

١٤٩٨٨ - قال محمد : رجلان في أيديهما مال وديعة لرجل ، فادعاه رجل ، فشهد المودعان بذلك ، جازت شهادتهما ، وروى عن أبي يوسف : أنه لا تجوز شهادتهما ؛ لأن بقبول الوديعة صارا مقرين بالملك للمودع ، فكانا متناقضين في أن هذا العين ملك المدعي ، فبطلت شهادتهما ؛ لمكان التناقض ، وجه ظاهر الرواية أن هذه شهادة خلت عن التهمة ؛ لأنها شهادة للغير من كل وجه ، وليس فيها جرّ منفعة إلى الشاهد ، ولا دفع مغرم عنه ، وشهادة العدل إذا خلت عن التهمة ، فالأصل فيها القبول .

وما يقول : بأن بقبول الوديعة صارا مقرين بالملك للمودع ، هذا ممنوع بأن الإيداع ، كما يكون من المالك ، يكون من نائبه ، ولم يتعين جهة النيابة ههنا ، إذ يمكن للمودعين أن يقولا : قبلنا الوديعة من فلان إلا أنه كان نائبًا عن هذا المدعي في الإيداع ، ومهما أمكن التوفيق لا يحمل على وجه التناقض .

ولئن سلّمنا أن قبول الوديعة إقرار بالملك للمودع ، لكن هذا ليس بإقرار مقصودًا ، بل هو إقرار في ضمن الوديعة ، وقد بطلت الوديعة بهذه الشهادة ، فبطل ما ثبت في ضمنه .

ولو أن المدعي أقام شاهدين سوى هذين المودَعين ، ثم شهد المودَعان على إقرار المدعي أن هذا العين للمودع ، لا تقبل شهادتهما ، سواء كانت الوديعة قائمة أو مستهلكة إن كانت قائمة ؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا ، وهو دوام يدهما على هذا المال ، وإن كانت مستهلكة ؛ لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما مغرمًا ؛ لأن ظهر أنهما كانا مودعي الغاصب ، ومودَع الغاصب ضامن فيهما بهذه الشهادة يبرئان أنفسهما عن الضمان ، بخلاف المسألة الأولى ؛ لأن هناك المودَعان بشهادتهما يُبطلان يد أنفسهما إن كانت الوديعة قائمة ، ويوجبان الضمان على أنفسهما إن كانت الوديعة مستهلكة .

ولو أنهما كانا ردّا الوديعة على المودِع، ثم شهدا على إقرار المدعي أن الوديعة ملك المودِع، قبلت شهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة لا يستديمان اليد على الوديعة؛ لأن الوديعة خرجت عن أيديهما بالرد، ولا يبرئان أنفسهما عن الضمان؛ لبراءتهما عن الضمان بالرد؛ لأن مودع الغاصب يبرأ بالرد على الغاصب.

١٤٩٨٩ - وفي المنتقى: إذا شهد المودَع أن الذي أودعه أقر أنه عبده، جازت شهادته، وكذلك العارية؛ لأنه لم يشهد على الوديعة والعارية بعينها، ولو شهد أن الذي استودعه، أو أعارها باعها من هذا المدعي، لم تجز شهادته؛ لأنه يبطل سبيل رب الوديعة عليه، حتى لا يجوز دفعها إليه، وفيما إذا شهدا على إقرار المودِع أنه عبده، ما أبطل سبيله؛ لأن العبد يأخذها ويبرآن بالدفع إليه.

١٤٩٩٠ - وإذا كان لعبد وديعة في يدي رجلين شهدا أن المولى كاتبه، أو دبّره، أو أعتقه، والعبد يدعي ذلك جاز، ولا يشبه هذا البيع؛ لأن العتق خروج عن ملك إلى غير ملك.

١٤٩٩١ - قال في الجامع: رجلان رهنا من رجلين غلامًا بألف درهم لهما عليهما، ثم ادعى رجل أن الرهن له، وشهد له المرتهنان بذلك، جازت شهادتهما؛ لأنهما ما شهدا لأنفسهما، بل شهدا على أنفسهما بإبطال اليد والحبس، ولم يصيرا متناقضين أيضًا؛ لأن قبول الرهن لا يكون إقرارًا بالملك للراهن؛ لأن الرهن كما يكون من المالك يكون من غير المالك، بأن استعار رجل من آخر شيئًا ليرهن بالدين.

ولو شهد المرتهنان على إقرار المدعي أن العبد للراهنين قائم في يدهما، أو هلك، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما مغرمًا، وهو الضمان إن كان قد هلك، ويجران إلى أنفسهما مغنمًا، وهو تقرير اليد التي هي حقهما، وإن كانا قد ردّا الرهن إلى الراهنين، تقبل شهادتهما.

ولو أنكر المرتهنان ما ادعاه المدعي، وشهد به الراهنان، لا تقبل شهادتهما على المرتهنين؛ لأنهما بعقد الرهن أوجبا حقًا للمرتهنين في المرهون، فإذا شهدا أنه ملك المدعي، فقد سعيا في نقض ما تم بهما، فلا تقبل شهادتهما بخلاف المرتهنين، حيث تقبل شهادتهما، وإن صارا ساعيين في نقض ما تم بهما، إلا أن السعي في نقض ما تم

القاضي البيع ، فلم يقبض البائع الجارية حتى شهدا للمدعي بالجارية ، يعني المشتريين ، لم يلزمهما تسليم الجارية ؛ لإقرارهما بالجارية للمدعي ، وهي ملك غيرهما

١٤٩٩٥ - رجل اشترى من رجل جارية شراء صحيحًا ، وتقابضا وتقايلا البيع ، أو ردها المشتري بالعيب بغير قضاء ، وقبلها البائع ، ثم جاء رجل ، وادعى أن الجارية له ، فشهد المشتري ورجل آخر أن الجارية للمدعي ، فشهادتهما باطلة ، سواء كانت هي محبوسة بالثمن عند المشتري أو دفعها إلى البائع ؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهم والإقالة بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما ، والمدعي غيرهما ، فصار في حق المدعي كأن المشتري باعها من البائع ثانيًا ، ثم شهد بها بعد ذلك للمدعي ، وعلى هذا الاعتبار كان في زعم المدعي أن شهادته باطلة ؛ لكونها متضمنة السعي في نقض ما تم به ، والمدعي متى زعم بطلان الشهادة القائمة له ، لا تقبل الشهادة .

ولو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء ، أو قبل القبض بغير قضاء ، وكان الرد بخيار رؤية ، أو بخيار شرط ، ثم شهد بها للمدعي مع غيره ، جازت شهادتهما ؛ لأن الرد بهذه الأسباب فسخ من كل وجه ، ولهذا لا يتجدد للشفيع حق الشفعة ، فإذا انفسخ البيع من كل وجه ، صار كأن لم يكن مبطلا شهادته ما أوجب قبل ذلك ، ولا محولا ضمانه إلى المدعي ؛ لأنه إذا ردها إلى البائع ، لم يبق مضمونًا عليه ، وإذا حبسها بالثمن ، فكذلك الجواب ، وإن كانت مضمونة عليه ، إلا أنها مضمونة عليه بغيرها ، وهو الثمن لا بنفسها ، فكانت بمنزلة الرهن ، وشهادة المرتهن للمدعي بالجارية حال قيام الرهن ، تقبل ، كذا ههنا .

فلو حبسها بالثمن ، فماتت الجارية في يد المشتري ، ثم شهدا بالجارية للمدعي ، بطلت شهادتهما ؛ لأنها لما ماتت في يد المشتري بطل الفسخ ، وعاد حكم البيع الأول ، فصار هذا الشاهد شاهدًا بما اشتراه لغيره ، فلا يصح ؛ لما يأتي بيانه بعد هذا - إن شاء الله تعالى -

١٤٩٩٦ - رجل اشترى من آخر جارية بعبد ، وتقابضا ، فوجد مشتري الجارية بها عيبًا ، فردها لعيب إلا أنه حبسها بالعبد ، ثم جاء رجل فادعاها ، فشهد المشتري بالجارية مع رجل آخر للمدعي ، لا تقبل شهادتهما ، ولو شهدا بعد ما دفعها إلى البائع

تقبل، لأن الجارية مضمونة بالقيمة بنفسها، حتى لو هلكت في يدي المشتري، ضمن المشتري قيمتها للبائع الجارية، ويأخذ العبد، ولا تنتقض الإقالة، فكانت شبيهة المغصوب، وشهادة الغاصب بالمغصوب للمدعي قبل الرد لا تقبل، وبعد الرد تقبل، كذا ههنا، بخلاف ما إذا كانت الجارية مشتراة بالدراهم، والجارية محبوسة بالدراهم، حيث تقبل شهادة المشتري؛ لأنها مضمونة بالثمن لا بنفسها، فكانت شبيهة المرهون على ما مر.

فإن مات العبد في يد مشتريه قبل رد الجارية، ثم رد الجارية بالعيب بقضاء قاضي، صح الرد؛ لأن الرد لا يمتنع بهلاك أحد العوضين، عرف هذا في كتاب البيوع، فإذا حبسها المشتري حتى يأخذ قيمة العبد، ثم شهد بها مع غيره للمدعي، صحت شهادتهما؛ لأنهما مضمونة عليه بغيرها، وهو قيمة العبد، ولهذا لو هلكت الجارية لم يضمن لبائعها شيئاً، بل يسقط عن بائعها قيمة العبد، فكانت شبيهة المرهون.

١٤٩٩٧ - وفي "النوازل": رجلان استأجرا من رجل داراً شهراً بأجر معلوم، وسكنا فيها الشهر كله، ثم جاء مدع يدعي الدار، فشهد له المستأجران، جازت شهادتهما، فإن قضى القاضي بالدار للمدعي، ثم إن المدعى عليه ادعى أنه كان أمر الذي أجر بإجارتها، وأراد أخذ الغلة، فإنه ينبغي للقاضي أن يبطل قضاءه بالدار للمدعي، ويردها إلى الذي كانت الدار في يده، وينبغي للقاضي أن يسأل المدعى عليه في أول الأمر عن الإجارة أكانت بأمرك أو بغير أمرك؟ فإن قال: كانت بأمري، لا تقبل شهادة المستأجر، وإن قال: كانت بغير أمري، تقبل شهادة المستأجر، ولو لم يسكن المستأجر الشهر كله حتى ادعى المدعي الدار، فشهدا به المستأجر، ولم يدع المدعى عليه أن الإجارة كانت بأمره، لم تجز شهادة المستأجر.

وفيه أيضاً: رجل له دار، وفيها سكان بغير أجر، فشهد السكان في الدار شهادة يثبتون الدار له، أو شهدوا بالدار عليه لآخر، فشهادتهم جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان هؤلاء السكان بأجر معلوم بشهور معلومة بأجر رخيص، أو بأجر غال، فشهدوا للذي آجرهم لتحقيق الإجارة، أو شهدوا للإنسان عليه ليفسخوا الإجارة، فإن أبا حنيفة قال: جازت شهادتهم في الوجهين جميعاً، وشهادتهم في هذ

درهم، أو كان له في أيديهما عبد، فغصب أو وديعة، فجاء رجل وادعى أنه أخوه لأبيه وأمه، ووارثه لا وارث له غيره، وقضى القاضي بذلك بشهادة شهود شهدوا عليه، وجعله وارثه، وقضى له بملك العين والدين، فقبض المدعي ذلك منهما، ودفعا إلى الأخ بقضاء قاضٍ، أو بغير قضاء قاضٍ، أو لم يكونا ضمنا أو كانا صالحاه على دنانير، أو كان الأخ وهب لهما المال على عوض، أو كانا اشتريا من الأخ جارية من تركة الميت، أو تصدق الأخ عليهما بصدقة على عوض، ثم جاء رجل، فادعى أنه ابن الميت ووارثه، لا وارث له غيره، وشهد الغريمان له بذلك، فشهادتهما باطلة، أما قبل قضاء الدين، فلأنهما يريدان تحويل المال الذي وجب عليهما للأخ إلى الابن، وقد ذكرنا أن الشهادة تبطل به، وأما بعد القضاء، فلأنهما يريدان أن ينقضا أمرًا تم بهما؛ لأن القضاء قد تم.

ولو ظهر أن الأخ ليس بوارث، وأن الوارث هو الابن، كان للغريم أن يسترد ما كان دفعه إلى الأخ؛ لأنه ظهر أنه قبض ما ليس له، ومن سعى في نقض أمر تم به، لا يقبل سعيه، كذلك المصارفة؛ لأن هذا العقد قد تم به، فلا يقبل منه نقضه، وكذلك أخذ العوض عنه، كما قلنا، هذا هو الكلام في الدين.

١٥٠٠٣ - جئنا إلى العين. فنقول في الغصب: إذا شهد الغاصبان بالابن، وكان العبد قائمًا بعينه في أيديهما، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما يحولان الضمان من الابن إلى الأخ، وإن كانا دفعا العبد إلى الأخ، ثم شهدا بذلك، فإنه لا يخلو: إما أن دفعا بقضاء، أو بغير قضاء، فإن كان بقضاء، فشهادتهما جائزة، وإن كان بغير قضاء، لا تقبل شهادتهما.

فرق بين هذا وبين ما إذا دفع المغصوب إلى المغصوب منه، ثم شهدا بالملك لغيره تقبل، سواء كان الدفع والرد بقضاء، أو بغير قضاء، وههنا فرق بين القضاء وغير القضاء، ووجه الفرق أن في تلك المسألة الضمان إنما وجب باعتبار تفويت يد المغصوب منه، فإذا أعاده إلى يده انفسخ حكم فعله، فانعدمت الجناية، وارتفع الضمان، فلم يحولا بهذه الشهادة ضمانًا، وجب للمغصوب منه إلى المدّعي. وفي مسألتنا الضمان وجب باعتبار تفويت يد الميت، ولم يوجد الإعادة إلى يد الميت حقيقة، وإنه ظاهر، ولا حكمًا؛ لأنه إنما يتحقق الرد إليه حكمًا بالرد إلى خليفته ووارثه، وليس من ضرورة

القضاء بنسب الأخ ثبوت نيابته وخلافته عن الميت في الرد عليه؛ لجواز أن يكون هناك من يحجبه عن الميراث، أو يكون في التركة دين مستغرق، فاحتمل أن يكون خليفة عن الميت في هذا الحكم، واحتمل أن لا يكون، فلا يبطل الضمان الواجب عليه بالاحتمال، وإذا لم يبطل الضمان عنهما، كانا بهذه الشهادة محولين ذلك الضمان إلى الابن.

فأما إذا كان الرد بقضاء القاضي وبأمره، فقد تحقق الرد إلى الميت حكمًا؛ لأن للقاضي ولاية في مال الميت بالحفظ، وأن يضعه حيث أحب، فإذا أمره بالرد إليه صار أمينًا من جهة القاضي، فخرج من عهدة الضمان بالرد إليه، فلم يحولا بهذه الشهادة الضمان من الأخ إلى الابن.

ولو كان مكان الغصب وديعة، قبلت شهادتهما، سواء كان الدفع بأمر القاضي أو بغير أمره؛ لأن الضمان لم يكن واجبًا، وقع الشك في وجوب الضمان؛ لاحتمال أنه خليفة الميت ووارثه، فلا يجب الضمان عليه بالاحتمال، وفي الغصب لا يبطل الضمان بالاحتمال.

١٥٠٠٤ - ولو أن رجلين شهدا أن فلانًا توفي وترك هذا الرجل أخاه لأبيه وأمه ووارثه، فقضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد هذان الرجلان لآخر أنه ابنه ووارثه لم تجز شهادتهما للابن؛ لأنهما شهدا أول مرة بأن الأخ وارثه، ثم شهدا بوراثة الابن وبين كون الأخ وارثًا وكون[1] الابن وارثًا تناف إن لم يكن بين كون الأول أخا والثاني ابنا تناف، وقد اتصل القضاء بالشهادة الأولى فتأيدت بها، فلا يمكن إبطالها بالثانية.

ونظير هذه المسألة المكية والكوفية أن القضاء لو اتصل بالأولى صحت الأولى، وبطلت الثانية؛ لما قلنا، وإن لم يتصل القضاء بالأولى بطلتا جميعًا، فكذا ههنا، ولكنهما يضمنان للابن ما قبض الأخ من الميراث؛ لأنهما زعما أن الميراث للابن دون الأخ، وأنهما أتلفا على الابن ذلك بشهادتهما، فقد أقرا بسبب الضمان على أنفسهما، فيضمنان، وصار هذا كما لو رجعا عن شهادتهما، فعتبر في الكتاب الشهادة الثانية رجوعًا عن الأول؛ لأن بينهما تنافيًا، فكانت الثانية رجوعًا عن الأولى ضرورة.

(١) وفي الأصل: وبين كون الابن.

ولو شهدا بالابن غير الأولين ، تقبل شهادتهما ؛ لأنه ليس بينهما مناقضة ، فكل فريق اعتمد دليلا مطلقًا لأداء الشهادة ؛ فالشهادة على النسب جواز أداؤها بناءً على الشهرة والتسامع . فقد علم الأولان بنسب الأخ بالشهرة ، ولم يشتهر عندهما ، ولم يبلغهما نسب الابن ، فشهدا بوراثة الأخ ، ثم الفريق الثاني علموا بطريق الشهرة بنسب الابن ، ولم يسبق منهم ما يناقض شهادتهم ، فقبلت شهادتهم ، وقضي بنسب الابن ؛ لأنه ليس بين الابن والأخ منافاة ، وإذا ثبت النسب كان الابن أولى بالميراث من الأخ ، فإن كان المال قائمًا يسترده منه ، وإن كان قد استهلكه ، فالابن بالخيار ، إن شاء ضمن الأخ ؛ لأنه قبض ماله بغير حق ، وإن شاء ضمن الشهود ؛ لأنهم بشهادتهم أتلفوا ماله ، وظهر بطلان شهادتهم بشهادة الآخرين ، فصار كما لو ظهر ذلك برجوعهم ، وصار هذا كما لو شهدوا بالقتل ، فاقتُصَّ منه بقضاء القاضي ، ثم جاء المشهود عليه بقتله حيًا فإنهم يضمنون ، كما لو رجعوا ، كذا هذا ، ثم إذا ضمنوا رجعوا بذلك على الأخ ؛ لأنهم ملكوا المضمون بأداء الضمان ، فصار الأخ غاصبًا مالهم ، فكان لهم حق تضمينه .

ولو كان الأولان أو غيرهما شهدا أن الثاني أخ الميت لأبيه وأمه ، ووارثه مع الأول ، قبلت شهادتهم ، سواء كان قبل القضاء الأول أو بعد القضاء ؛ لأنه لا تنافي بين الشهادتين ؛ لجواز أن يكون له أخوان ، وكل واحد منهما يرث مع الآخر ، ولا يضمنان ؛ لأنه لم يظهر كذبهما لعدم التنافي بينهما ، ولكن لو كان الأول قبض المال بقضاء القاضي ، دفع نصفه إلى الثاني ؛ لأنه ظهر أن المستحق لهذا النصف هو الثاني ؛ وقبلت شهادتهما لعدم التنافي

فإن قيل : إن كان الشاهدان بالثاني هما اللذان شهدا بالأول ، ينبغي أن لا تقبل شهادتهما بالثاني ؛ لأنهما شهدا للأول أنه وارثه لا وارث له غيره ، فلما شهدا بالوراثة للثاني ، كانا متناقضين .

قلنا : قوله ـ لا وارث له غيره ليس من صلب الشهادة ؛ لأنه نفي ، والشهادة على النفي لا تقبل . ألا ترى أنهما لو لم يذكرا ذلك في الشهادة ، قبل القاضي شهادتهما أيضًا إنما هما لإسقاط التلوم عن القاضي ، فلا يوجب مناقضة بين الشهادة الأولى والثانية ، فقبلنا جميعًا ، ولا يضمنان لأحد ؛ لما ذكرنا .

١٥٠٠٥ - إذا شهد الكفيلان بنفس المدعى عليه على المدعي أن المدعى عليه أوفاه الدين، فقد قيل : تقبل شهادتهما ، وقد قيل : لا تقبل ؛ لأنهما يريدان إخراج أنفسهما عن عهدة الكفالة بالنفس بهذه الشهادة ، والصحيح من الجواب أنهما إن شهدا بإيفاء الدين الذي حصلت الكفالة بالنفس لأجله لا تقبل ، وإن شهدا بإيفاء دين آخر ، لم تحصل الكفالة بالنفس لأجله ، تقبل .

الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشترى ، وقال : اشتريته لنفسي ، وقال الموكل : لا ، بل اشتريته لي ، وأقام الموكل البينة على إقرار الوكيل أنه اشتراه للموكل ، وأحد الشهود البائع ، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة من البائع ؛ لأنه متهم ؛ لأنه يبعد العهدة عن نفسه ، فإن الوكيل بالشراء إذا سلّم المشتري إلى الموكل لا ينفرد بالرد بالعيب ، بل يشترط رضاء الموكل .

١٥٠٠٦ - الشاهد إذا كتب شهادته على صك البيع ، أو على صك الشراء ، ثم إن الرجل الآخر ادّعى العين المشتري لنفسه ، وشهد له الذي كتب شهادته على الصك ، فإن كتب الشهادة على وجه يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه في ذلك العين ، لا تقبل شهادته للمدعي ، وإن كتب الشهادة على وجه لا يمنع الكاتب عن دعوى الملك لنفسه في ذلك العين ، تقبل شهادته للمدعي ، ومسألة دعوى الشاهد على الصك تأتي في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى .

١٥٠٠٧ - عشرة وكّلوا رجلا بشراء محدود معيّن ، فذهب الرجل الوكيل ، واشترى ، وأنكر واحد من العشرة كونه وكيلا من جهته ، فشهد التسعة على العاشر أنك وكّلته معنا بالشراء ، تقبل هذه الشهادة ، ولو كان هذا وكيلا بالبيع ، وباقي المسألة بحالها ، لا تقبل شهادة التسع ؛ لأنهم يشهدون لأنفسهم ؛ لأنهم يريدون إثبات لزوم البيع في نصيبهم ، أما في الفصل الأول لا يشهدون لأنفسهم .

١٥٠٠٨ - وفي " فتاوي النسفي " : سئل عن وكيل مجلس القضاء إذا ادّعى بحضرة المدعى الذي وكّله على آخر أن لهذا المدعي على هذا كذا ، فأجاب المدعى عليه أنه قد قضاه ذلك ، فأنكر المدعي ، فشهد هذا الوكيل مع رجل آخر على القضاء ، لا تقبل شهادة هذا الوكيل ؛ لأنه هو الذي ادعى عليه هذا المال في الحال ، وذلك يمنع عن الشهادة

بالقضاء، فقيل له : أليس ثبت عن أصحابنا أن من ادّعى على آخر مالا قد أقرضه، فشهد له شاهد أنه أقرضه، وشهد آخر أنه أقرضه ثم قضاه ثبت القرض، ولم يثبت القضاء، ولم تصر شهادته بالقضاء مبطلة شهادته بالإقراض؟ قال : هناك شهد بالإقراض وشهد بالقضاء مرتبًا عليه، والقضاء مرتّب على الإقراض يقرر الإقراض، ولا ينافيه، أما ههنا شهد بقيام الدين عليه للمحال، وقيام الدين عليه ينافي القضاء قبله، فصار دعوى قيام الدين عليه للمحال من هذا الوجه مبطلا شهادته بالقضاء قبل هذا.

١٥٠٠٩- رجلان باعا عبدًا من رجل، ثم إن البائعين شهدا أن المشتري أعتق هذا العبد، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة يخرجان أنفسهما عن العُهدة، فإن المشتري إذا أعتق العبد المشتري، ثم اطلع على عيب به قد كان عند البائع، لا يمكنه الرد على البائع.

١٥٠١٠- شهادة أهل القرية بعضهم على البعض بزيادة الخراج على ضيعة المشهود عليه لا تقبل؛ لأن الشاهد بهذه الشهادة يريد إثبات نقصان خراجه، حتى لو شهد من لا خراج عليه، تقبل شهادته، وكذلك إذا كان لكل ضيعة خراج على حدة، فشهد بعضهم على البعض بزيادة الخراج، تقبل شهادتهم؛ لأن الشاهد بهذه الشهادة لا يثبت نقصان خراجه.

١٥٠١١- ولو أن أهل قرية شهدوا على بعض ضياع بجوار قريتهم أنه من ضياع قريتهم لا يجوز؛ لأنهم يريدون إثبات نقصان خراج ضيعتهم، ويجب أن يكون الجواب في هذا الفصل على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الفصل الأول

١٥٠١٢- وإذا شهد أهل السكة بشيء من مصالح السكة، إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل شهادتهم، وإن كانت نافذة قبلت شهادتهم؛ لأن السكة إذا كانت غير نافذة، فهي كالمملوكة لأهل السكة، فهذه الشهادة راجعة إلى مصلحة أملاكهم، وإن كانت نافذة، فهي حق العامة، والشهادة على حق العامة مقبولة.

١٥٠١٣- وإذا شهدا أن فلانًا غصب من أب هذا المدعي هذه القرية، وهذه القرية في يد غير الغاصب، والغاصب غائب أو ميت، فهذه الشهادة ليست بشيء، حتى يشهدا أنها وصلت إلى هذا المدعى عليه من قبل الغاصب، أو يشهد بذلك غيرهما.

١٥٠١٤- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: رجل شهد عليه شاهدان أنه باع هذه الدار من هذا الرجل بألف درهم على أنهما ضمنا للمشتري الدرك، يعني الشاهدين، قال: إذا كان الضمان في أصل البيع لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع لا يتم إلا بضمانهما، فكأنهما شهدا على فعلهما، وإن لم يكن الضمان في أصل البيع، جازت شهادتهما؛ لأن البيع تامّ بدون ضمانهما.

١٥٠١٥- وفي "المنتقى": ادعى رجل داراً في يدي رجل أنها له اشتراها من فلان، وقبضها فشهد له شاهدان بذلك، إلا أنهما لم يسميا ثمناً، فإني أسألهما قبضها بأمره، أو بغير أمره، فإن قالا: لا نزيد على هذا لا تقبل شهادتهما، وإنما وجب السؤال عن الشهود أنه قبضها بأمره، أو بغير أمره؛ لأنه تعذر القضاء بالشراء بثمن معلوم؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك، فلا بدّ من أن يقضي بالشراء بغير ثمن، والشراء بغير ثمن شراء فاسد، والشراء الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض، والقبض بغير إذن البائع في البيع الفاسد ليس بصحيح، فلهذا وجب السؤال عن الشهود أنه قبضها بأمره، أو بغيره.

وإذا قالا: لا نزيد على هذا إنما لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما لم يشهدا بما هو سبب الملك لما لم يشهدا بإذن البائع بالقبض، وإن ماتا قبل أن يسألهما، فهذا عندنا على أنه قبضها بإذن البائع، وأمره؛ لأن الظاهر أنه إنما يتمكن من قبضها بتسليم البائع لو لا ذلك لتعذر عليه القبض؛ لأن البائع يمنعه عن ذلك، وليس له ولاية إبطال يده حساً؛ لأن الواحد يقاوم الواحد، وليس له ولاية القبض شرعًا حتى يقدر على قبضها بقوة القاضي، والناس والبناء على الظاهر واجب، حتى يقوم الدليل على خلافه.

قال: ولا أتعرض له في الثمن، يعني لا أقف التسليم على قبض الثمن من المشتري؛ لأنه لا خصومة للحاضر المدعى عليه في الثمن؛ لأن القبض حصل بأمر البائع والقبض، متى كان بأمر البائع لا يتمكن من الاسترداد لأخذ الثمن، فلا يتوقف القبض ههنا على أخذ الثمن.

وكذلك لو أن الشاهدين قالا من الابتداء أنه قبضها بأمر البائع؛ لأن هذا الشراء فاسداً لما لم يشهدا بالثمن، والشراء الفاسد يفيد الملك عند القبض، وإن لم يسم الشاهدان الثمن، ولا قبض المدعي الدار، فالقاضي لا يقضي للمدعي؛ لأنه تعذر

فإن حضر الذي ادعى المدعي الشراء منه، وأنكر أن يكون باعه إياه، أخذ القاضي الدار من المدعي، وسلمها إلى الذي حضر؛ لأن الذي حضر لم يصر مقضيًا عليه بالشراء؛ لأن صاحب اليد لم ينتصب خصمًا عنه في إثبات الشراء عليه، وهذا لأن القضاء عليه لا بد له من الدعوى والإنكار، وذو اليد لا يمكن أن يجعل منكرًا بطريق الأصالة؛ لأن الأصيل في الإنكار من لا يتعدى خبر إنكاره إلى غيره، وههنا إنكار صاحب اليد عليها يتعدى إلى الغائب بإثبات البيع عليه، ولا يمكن أن يجعل ذو اليد نائبًا عن الغائب في الإنكار؛ لأن الخصم إنما يجعل نائبًا عن الغائب في الإنكار إذا جرى بينهما اتصال بما وقع فيه الدعوى، ولم يجر بين الغائب وذي اليد ههنا سبب، حتى يقام إنكاره مقام إنكار الغائب، فظهر أن البينة على البيع قامت على غير خصم.

١٥٠١٧ - فرق بين هذا وبينما إذا شهد شاهدان على رجل بأن هذين من المشهود عليه أنهما عبدان لفلان، وادعى العبدان أن فلانًا أعتقهما، وأقاما البينة، فإنه يعتقان، ويقضى بعتقهما على الغائب، ولم يجر بين المشهود عليه وبين الغائب سبب، حتى يقام إنكاره مقام إنكار الغائب، ومع هذا يقضي بعتقهما، ويظهر ذلك في حق الغائب حتى لو حضر الغائب، لا يحتاج إلى إعادة البينة.

والفرق: أن في مسألة العتق المشهود عليه أصيل في إنكار العتق، وليس بنائب عن المولى؛ لأن دعوى العتق على المولى دعوى على كافة الناس، ألا ترى أن كل واحد من آحاد الناس يصير مقضيًا عليه بالعتق إذا قضى على واحد من الناس، فكان دعوى العتق على المولى دعوى على المشهود عليه من حيث الاعتبار على السواء، أما دعوى الملك على ذي اليد دعوى عليه خاصة، ألا ترى أن غير ذي اليد لا يصير مقضيًا عليه بالقضاء على ذي اليد في الملك المطلق، وإنما يتعدى القضاء من ذي اليد إلى الغائب إذا كان ذو اليد نائبًا عن الغائب، وإنما تثبت النيابة إذا جرى بينهما سبب، ولم يجر بينهما سبب ههنا، فلم يصر الغائب مقضيًا عليه، فكان للذي حضر أن يأخذها من يد المدعي لإقراره له بذلك.

١٥٠١٨ - وقد ذكر في الجامع وفي الأصل ما يدل على أن الغائب يصير مقضيًا عليه في مسألتنا، حتى لا يكون له أن يأخذ الدار من يد المدعي، فقد ذكرنا في

الجامع: رجل في يديه دار، ادعاها رجل أنها له اشتراها من عبد الله بألف درهم، ونقده الثمن، وقال ذو اليد: أودعنيها عبد الله، فإنه يندفع عن الخصومة، ولكن للمدعي أن يحلفه بالله ما أودعك عبد الله، فإن قال حين حلف: ما أودعنيها عبد الله، ولكن غصبتها منه، وحلف على ذلك، فإن القاضي لا يلتفت إلى مقالته للتناقض بين كلاميه، ويجعله خصمًا، ويقضي بالدار للمدعي على ذي اليد، فإن قضى بذلك، ثم قدم عبد الله، فادعى أن الدار داره أودعها من ذي اليد، وأراد أن يأخذها من المدعي، حتى يعيد المدعي البينة عليه ليس له ذلك؛ لأن القاضي لما جعل ذو اليد خصمًا، أنزله منكرًا حكمًا، وقضى بالشراء عليه انتصب خصمًا عن الغائب، فصار كما لو أقام البينة عليه حقيقة، ينفذ قضاء القاضي عليه(١)، فكذا ههنا ذو اليد خصم له حتى سمعت البينة عليه، وقضى بالملك، والبيع عليه، فانتصب خصمًا عن الغائب ضرورة، وصار كما لو أقيم البينة عليه حقيقة.

وهكذا ذكر في دعوى الأصل، إلا أن ثمة وضع المسألة فيما إذا شهدوا بقبض الثمن، وذلك يصير رواية فيما إذا لم يشهدوا بقبض الثمن؛ إذ المعنى يجمعهما، فإن كان في المسألة اختلاف الروايتين، فوجهه ما ذكرنا.

وإن كان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع، بأن موضوع مسألة الجامع: أن الشهود شهدوا بقبض الثمن، وموضوع مسألة الأقضية: أن الشهود لم يشهدوا بقبض الثمن، فوجه الفرق أن البيع قبل قبض المبيع، وتسليم الثمن قائم حكمًا لبقاء أحكامه، فلا بد من القضاء، وذو اليد لا يصلح خصمًا في العقد عن الغائب؛ لما قلنا، فتعذر القضاء بالبيع، فلا يقضى به، فأما بعد قبض الثمن، وتسليم المبيع البيع قد انتهى نهايته، فكان دعوى هذا الملك فحسب، وذو اليد خصم فيه، فصح القضاء عليه بالملك من كل وجه، ومن ضرورته صيرورة الغائب مقضيًا عليه؛ لأن المدعي يدعي الملك من جهته.

١٥٠١٩- وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد: رجل تزوج امرأة على مهر مسمى، ثم إن هذا الرجل شهد مع رجل آخر أنها أمة هذا الرجل، والرجل يدعيها:

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في ظ و م: نفذ القضاء عليه.

فهذه المسألة على وجهين: إما أن يقول المدعي: أمرتها بالتزوج، أو يقول: لم أمرها بالتزوج، وإن قال: لم أمرها بالتزوّج، فالقاضي لا يقبل شهادة الزوج؛ أما إذا لم يكن دخل بها فلأنه يشهد ببطلان نكاحها، وأن لا مهر لها عليه إن لم يدفع إليها المهر، ويثبت الرجوع لنفسه عليها إن دفع إليها المهر.

وأما إذا دخل بها فلأنه يريد تحويل ما وجب عليه لها بحكم الدخول إلى غيرها، وهو المولى إن لم يكن دفع إليها ذلك، وإن كان دفع إليها ذلك، فلأنه يثبت لنفسه حق الرجوع عليها بعد العتق بما قبضت.

وإن قال: أمرتها بالتزوّج، لا تقبل شهادة الزوج أيضاً، وإن كان الرجل المشهود له، قال: قد كنت أمرتها بالتزوّج، وأذنت لها في قبض المهر، فإن كان الزوج لم يدفع إليها المهر؛ لا تقبل شهادته، وإن كان الزوج قد دفع المهر إليها قبلت شهادتهم؛ لأنه إذ ثبت الإذن لها بقبض المهر، فقد برئ الزوج عن المهر بالدفع إليها، ولم يبق لها عليه شيء حتى يحوله إلى غيرها، ولا يثبت لنفسه حق الرجوع عليها أيضاً؛ لأنه استفاد البراءة، والمولى لا يرجع عليه، حتى يرجع هو عليها بما دفع عليها.

قالوا: وهذا إذا كان تزوجها على مهر مثلها، أو أكثر، فإن حطت عن مهر مثلها بما لا يتغابن الناس فيه، كانت مخالفة لأمره، ولا يصح النكاح، فينبغي أن لا تقبل الشهادة؛ لأنه بهذه الشهادة يريد إبطال عقد باشره، وإسقاط المهر عن نفسه إن لم يدخل بها، وتحويل ما وجب عليه بحكم الدخول لها إلى غيرها إن لم يكن دفع المهر إليها، وإثبات حق الرجوع لنفسه بما دفع إليها إن كان دفع المهر إليها.

ثم هذا الذي ذكرنا يحتمل أنه قول أبي يوسف ومحمد، لا قول أبي حنيفة بناءً على مسألة الوكيل بالنكاح، فإن الوكيل بالنكاح عند أبي حنيفة يملك النكاح بأي مهر شاء، وعندهما يتقيد الوكيل[1] بمهر المثل، وإن كان هذا قول الكل، يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين أمر المولى عبده، أو أمته بالتزوج وبين أمره أجنبياً.

والفرق أن عند أبي حنيفة تصرّف المأمور بغبن فاحش إنما ينفذ على الآمر إذا انتفت التهمة، أما إذا لم تنتف التهمة فلا، ألا ترى أن الوكيل بالشراء لا يحتمل منه

---

(١) وفي الأصل: الوكيل

الغبن الفاحش لما كان متهماً.

وإذا ثبت هذا فنقول: التهمة في حق الوكيل بالنكاح منتفية لأنه لا يرجع إليه شيء من منافع العقد؛ ليتحمل الغبن لتحصيل منفعة تعود إليه، أما العبد والأمة فهما متهمان في حق أنفسهما؛ لأن منافع النكاح تعود إليهما، فلعل أنهما تحملا الغبن لتحصيل نفع يعود إليهما. فلا يصح نكاح كل واحد منهما على هذا الوجه.

١٥٠٢٠ - وفي "المنتقى": رجل شهد مع آخر على امرأته أنها أقرت أنها أمة هذا المدعي، وهي مجهولة النسب، والزوج يصدقها في إقرارها، أو يكذبها، وقد دخل بها أو لم يدخل بها، والمدعي مجيز النكاح، أو يقول: لا أجيزه، فإن الشهادة في جميع ذلك جائزة كان الزوج نقد المهر، أو لم ينقد، وليس للمولى أن يفرق بينهما، إلا إذا صدق الزوج المرأة في إقرارها، فله أن ينقض النكاح في هذا الوجه، وله في هذا الوجه أن يضمن الزوج إن كان قد دخل بها، ولا يرجع على المرأة بما أعطاها.

١٥٠٢١ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في عبد مأذون له في التجارة عليه دين شهد رجلان من غرماء العبد أن مولاه أعتقه، والمولى ينكر، فالمسألة على وجهين: إما أن يختار الشاهدان اتباع المولى بتضمينهما القيمة إياه، أو يختاران استسعاء العبد، وهذا لأن قبل الإعتاق للغرماء حق بيع العبد في ديونهم، أو حق استسعاء العبد، والمولى بالإعتاق أبطل محلية أحد الحقين، وهو البيع دون الاستسعاء، فإن شاء ضمنا المولى لإتلافه محلية أخذ حقهم، وإن شاء استسعى العبد؛ لبقاء محلية الاستسعاء، فإن اختاروا التضمين لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شاهدان لأنفسهما بإثبات حق التضمين، فلا تقبل شهادتهما، فإذا أبرأه[1] من القيمة، واختاروا اتباع العبد المعتق بدينهما، قبلت شهادتهما؛ لأن التهمة منتفية، فإنهما لا يستفيدان بهذه الشهادة ما لم يكن لهما قبل ذلك، فإن حق الاستسعاء قبل ذلك ثابت لهما، كما هو ثابت بعد الإعتاق، فقبلت شهادتهما.

١٥٠٢٢ - قال: ولو شهد رجلان أن هذا أعتق عبده، فجنى العبد على أحدهما بفقء عينه، والمولى ينكر الإعتاق، فلا شيء للمجني عليه، ولا تقبل شهادتهما، أما

(١) وفي الأصل: فإذا تركه.

بشهادته مغنماً أو يدفع عن نفسه مغرماً، فلا تقبل شهادته.

قال ابن سماعة قلت لمحمد: إن ادّعى جار لهم حقاً في يد الأقصى، فشهد شركاء المدعى عليه أن هذا أحدهم الذين اقتسموا عليه، وأن ما وراءه للمدعي، والمدعي يدعيه، أو قالوا: نشهد أن هذا الأرض للمدعي، والمدعي يدعيه، والمدعى عليه ينكر ذلك، ويقول: إنما شهدوا به عليّ لينتصروا من حقي، فإن الشهادة جائزة؛ لأنه لا تهمة، إذ ليس فيه جر منفعة، ولا دفع مضرة بوجه ما، وكذلك ليس فيها سعي إلى نقض ما تم بهم؛ لأنهم يقولون: إن المشهود به مما لم يدخل تحت القسمة، وأن ما اقتسموه عليه دون ذلك، فهم عدول شهدوا لغيرهم، ولا تهمة في شهادتهم، فقبلت شهادتهم.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: في خمسة نفر بينهم دار وطعام، فشهد أربعة منهم للخامس أن فلاناً غصبه حصته من الدار والطعام، وذلك غير مقسوم، فالشهادة باطلة؛ لأنهم يجرّون إلى أنفسهم بذلك منفعة؛ لأنهم يريدون قطع ولاية طلب شريكهم القسمة فيه، وفي ذلك منفعة لهم.

بيانه: أنه إلى الآن كان للمشهود عليه أن يأخذهم بالمقاسمة، ولو كان ثبت غصب الغاصب، تعذرت القسمة معه، حتى يستخلصه من الغاصب؛ لأن القسمة نوع بيع، وأنه لا يجوز في المغصوب؛ ولأنه يريد أن يشاركهم فيما في أيديهم من غير أن يكون لهم مما في يده شيء، وأنه خلاف طريق المعادلة، فلا يجوز، وهذه المسألة دليل على أن غصب المشاع متصور، بخلاف ما يقوله بعض المشايخ.

قال ابن سماعة: سمعت محمداً قال في قولهم: لهم أرضون على نهر بينهم، فباع رجل أرضه في أسفل الشرب بحقوقها وشربها، فشهد هذا البائع لبعض أهل النهر بزيادة في شرب بينهم، وبين أهل أسفل الشرب أنه لا تجوز شهادته؛ لأنه لما ذكر الشرب في البيع صار مبيعاً، حتى قابله الثمن، نص عليه في كتاب الشرب، فإنه ذكر فيه إذا شهد شاهدان على أنه باع منه هذه الأرض بألف درهم، وذكر أحدهما شربها، ولم يذكر الآخر، لا تجوز هذه الشهادة؛ لأنهما اختلفا في الثمن من حيث الحقيقة؛ لأن من شهد أنه باعها بشربها، فقد شهد أن بعض الألف بمقابلة الشرب، والباقي بالأرض،

والآخر يشهد أن جميع الألف مقابلة الأرض، ولا خلاف بين[1] الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهم على البيع، فيثبت أن الشرب مبيع. فإذا شهد بزيادة شرب لهم فقد شهد لنفسه بشيء من ذلك أولاً، ثم فشهد بحكم الشراء منه، فلا تقبل شهادته.

١٥٠٢٤ - ولا تقبل شهادة القصابين على الجراحات وخروق الثياب فيما بينهم في الملاعب، وكذلك شهادة النساء على الجراحات في الحمامات لا تقبل، وكذلك أهل السجن إذا ادعى بعضهم على البعض فيما وقع بينهم في السجن لا تقبل.

١٥٠٢٥ - رجل في يده شاة مذبوحة، فقال الذي في يده الشاة للسلطان: ذبح هذه الشاة فلان بأمري، ثم جاء رجل يدعي أن الشاة له غصبها منه الذي الشاة في يديه، وأقام على ذلك شاهدين، أحدهما الذابح، لم تجز شهادة الذابح، قال الفقيه: لأنه دفع عن نفسه مغرماً، وطعن عيسى في هذا، وقال: يجب أن تقبل شهادته؛ لأنه جر إلى نفسه مغرماً لما استحقها المدعي، ظهر أن الآمر كان غاصباً، وأن الذابح ذبح شاة الغير بغير إذن ذلك الغير، وذبح شاة الغير بغير إذنه سبب للضمان، فعلم أنه جار إلى نفسه مغرماً.

والجواب: لا، بل هو دافع مغرم عن نفسه بهذه الشهادة؛ لأنه لو لم تقبل شهادته يجب الضمان عليه خاصة؛ لأنه يجب بحكم إقراره أن الملك للمدعي، وأن الآمر كان غاصباً، وإقراره حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، وإذا قبلنا الشهادة يظهر ذلك للمدعي، ويكون الآمر غاصباً في حق الكل، ويتخير المدعي بين تضمين الآمر وبين تضمين الذابح، وإذا ضمن الذابح كان له الرجوع على الآمر، فكان دافع مغرم من هذا الوجه، فلهذا لا تقبل شهادته.

١٥٠٢٦ - وإذا شهد الوصي بدين من ديون الميت على غيره لا تقبل؛ لأنه يثبت لنفسه حق القبض والاستيفاء، فيصير شاهداً لنفسه، وإن شهد على الميت بالدين تقبل؛ لأنه يطالب به، ويصير شاهداً على نفسه لا لنفسه، فتقبل، قال: إلا أن يكون قضاه الدين أولاً من التركة، ثم شهد بعد ذلك، فحينئذ لا تقبل الشهادة؛ لأنه يقصد به إسقاط الضمان عن نفسه، فيكون شاهداً لنفسه، وإن شهد لبعض ورثة الميت على الميت، أو على أجنبي، أو على بعض الورثة بدين، فإن كان المشهود له صغيراً لا

---

(١) وفي الأصل: «ومن بين».

نفسه؛ لأنه يثبت حق القبض والاستيفاء لنفسه، فيصير شاهداً لنفسه، وإن كان مشهوداً له كبيراً، ذكر شمس الأئمة السرخسي: أن الشهادة مقبولة، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي حنيفة: لا تقبل، وعلى قولهما تقبل، وأحال المسألة إلى كتاب الوصايا

الفصل الثامن

في الشهادات في المواريث

١٥٠٢٧ - قال محمد في «الزيادات»: وإذا شهد شاهدان عند القاضي أن هذا الرجل وارث هذا الميت، لا وارث له غيره، ولم يخبرا بسبب الميراث، ثم إنهما ماتا، أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن السبب، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما؛ لأنهما شهدا بالمجهول؛ لأن الوارث مجهول غاية الجهل؛ لأن أسباب الإرث كثيرة، وأحكامها مختلفة، فكانت الجهالة متفاحشة لا يمكن تداركها، فيعجز القاضي عن القضاء؛ لأنه لا يدري بأي سبب يقضي، ألا ترى أنه لو جاء آخر، وادعى أنه ابن الميت أو أبوه، فالقاضي لا يدري أنه يشاركه في الميراث أو لا شاركه، وكيف يشاركه.

وهذا بخلاف ما لو شهدا بالدين، أو بملك العين، فإنه تقبل شهادتهم، وإن لم يبينا سبب ذلك؛ لأن الدين لا يختلف باختلاف سببه، وكذلك ملك العين لا يختلف باختلاف سببه، فلا يكون المشهود به مجهولاً، بخلاف الإرث؛ لأنه يختلف باختلاف أسبابه، فلا بد من بيان السبب، فإن قالا: هو ابنه ووارثه، لا نعلم له وارثاً آخر، صار المشهود به معلوماً للقاضي، ويقضي بشهادتهما، فقد شرط مع بيان السبب أن يقولا: ووارثه لا نعلم له وارثاً آخر، ولا شك أن قولهما: وارثه شرط فيمن يحتمل الحجب والسقوط بحال.

فأما من لم يحتمل الحجب والسقوط بحال، نحو الأب والأم والابن والبنت هل هو شرط؟ اختلف المشايخ فيه، وإشارات محمد في الكتاب متعارضة، فوجه قول من قال: إنه شرط أن هؤلاء قد لا يرثون بعارض القتل والكفر والرق، ولأنهم قد يكونون بجهة الرضاع، فيشترط ذكره ليزول الاحتمال.

وجه قول من قال: إنه ليس بشرط وهو الصحيح، أن هذه العوارض ليست بظاهرة، فلا يلتفت إليها، والنسبة المطلقة بهذه الأسامي بجهة الرضاع غير ثابتة عادة، فلا يورث شبهة، وقول الشاهد: لا نعلم له وارثاً آخر ليس من صلب الشهادة، وإنما هو

لإسقاط مؤنة التلوّم عن القاضي ، فإن بدونه يُتلوّم لقاضي زماناً .

ولو شهدوا أنه عم الميت ، لا بد وأن ينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ليعلم أنه عمه ، وينسبا مع ذلك أنه عمه لأبيه وأمه ، أو لأبيه أو لأمه ، حتى إذا جاء آخر وادعى ميراث الميت يعلم أن الأول حاجب للثاني ، أو ليس بحاجب له ، وبعد أن لا يكون حاجباً له في أي قدر يشاركه الثاني ، وينبغي أن يبينا مع ذلك أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره ؛ لأن العم يحتمل الحجب والسقوط بغيره .

والذي ذكرنا من الجواب فيما إذا شهدوا أنه عم الميت ، فهو الجواب فيما إذا شهدوا أنه ابن عم الميت ، وكذلك إذا شهدوا أنه أخ الميت لا بد وأن يبينا أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ؛ لأن الأخوة في نفسها متفاوتة ، قد تتعلق بها العصوبة ، وهو ما إذا كانت لأب وأم ، أو لأب ، وقد تتعلق بها الفرضية ، وهو ما إذا كانت لأم ، وأحكامها في الحجب مختلفة ، فلا بد من بيان ذلك ليصير المشهود به معلوماً للقاضي ، ويشترط مع ذلك أن يقولا : ووارثه لا نعلم له وارثاً غيره ؛ لما قلنا في العم .

ولو شهدا أنه مولاه ووارثه ، لا يقبل القاضي هذه الشهادة ، حتى يشهدا أنه مولاه أعتقه ؛ لأن المولى اسم مشترك يتناول الأعلى ، وهو المعتق ، ويتناول الأسفل وهو المعتق ، ومن الناس من يورث الأسفل ، وعندنا لا ميراث للأسفل ، ولعل الشاهدين أرادا الأسفل ، فلو قضى القاضي بهذه الشهادة قبل البيان ، يقع القضاء لغير الوارث ، وأنه لا يجوز .

ولو شهدا أن هذا ابن ابن الميت ، أو هذه بنت ابن الميت ، لا بد وأن يقولا : وهو وارثه ؛ لأنهما يسقطان بحال ، فلا بد منه ليقطع الاحتمال .

ولو شهدا أنه جد الميت ، لا بد وأن يبينا أنه جده من قبل الأب ، أو من قبل الأم ؛ لأن كل واحد منهما جد على الحقيقة ، وأحدهما صحيح والآخر فاسد ، ويبينا مع ذلك أنه وارثه ؛ لأنه يحتمل السقوط والحجب بغيره .

وكذلك إذا شهدوا أنها جدته ، لا بد وأن يبينا أنها أم أم الميت أو أم أب الميت ؛ لأن الجدة قد تكون صحيحة ، وقد تكون فاسدة ، ويبينا مع ذلك أنها وارثة ؛ لما قلنا في الجد .

ولو شهدا أنه جده أب أبيه ووارثه، لا نعلم له وارثاً سواه، وقضى القاضي بذلك، ثم جاء رجل، وادعى أنه أب الميت، وأقام على ذلك بينة، قضى القاضي به؛ لأنه لا تنافي بين كون الأول جداً للميت وبين كون الثاني أباً له، ويجعل الميراث للأب، وينقض القضاء بذلك للجد لوقوعه خطأ، إذ الجد محجوب بالأب، ويجعل هذا أباً لهذا الذي ادعى الأبوة، فإن قال الأب للقاضي: إن هذا الذي أقام البينة أنه جد ابني ليس بأب لي، فمره بإعادة البينة، فالقاضي لا يكلفه ذلك؛ لأن نسب الجد ثابت بقضاء القاضي بالبينة القائمة على النسب عند وجود شرطها، وهو دعوى الميراث، ولم يوجد ما يوجب النقض في حق النسب، فبقي نسبه كما كان.

فإن قيل: القضاء بالنسب ثبت في ضمن القضاء بالوراثة، وقد تبين بطلان القضاء بالوراثة، فتبين بطلان القضاء بالنسب أيضاً.

قلنا: القضاء بالوراثة لم يبطل، ولكن بطل القضاء بدفع المال إليه، وهذا لأن الجد وارث مع الأب لوجود سبب الوراثة في حقه، إلا أن الأب أقرب، والميراث يُدفع إلى أقرب الورثة مع كون الأبعد وارثاً، فإنما بطل القضاء بالدفع إلى الأبعد، أما لا يبطل القضاء بالوراثة، وإذا لم يبطل القضاء بالوراثة، كيف يبطل ما ثبت في ضمنه من القضاء بالنسب؟ نظيره الجار مع الشريك، فالشريك مقدم على الجار، ثم إذا اجتمعا عند القاضي، فالقاضي يقضي بالشفعة للشريك مع كون الجار شفيعاً في نفسه، حتى لو أسلم الجار الشفعة، يصح تسليمه، كذا هنا.

واستشهد في الكتاب لإيضاح ما قلنا بمسألة، فقال: ألا ترى أن الأول لو أقام البينة أنه أخو الميت لأب وأم، فقضى القاضي بذلك، ودفع الميراث له، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنه ابن الميت جعل القاضي الميراث للابن، ويجعل الأول عمّاً لهذا الابن، فإن قال الابن: إنه ليس بعمي، فمره بإعادة البينة، لا يكلفه القاضي ذلك، والمعنى ما ذكرنا، وكتاب القاضي إلى القاضي في نقل الشهادة في هذا الباب مقبول؛ لأنه يثبت مع الشبهات.

١٥٠٢٨ - وإذا مات الرجل، فأقام رجل البينة أنه فلان ابن فلان الفلاني، وأن الميت فلان ابن فلان الفلاني حتى التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة، وهو عصبة الميت،

ووارثه، لا نعلم له وارثاً غيره، قضي له بالميراث؛ لأنه أثبت بالبينة أنه ابن عم الميت لأبيه وأمه، أو لأبيه؛ لأنهما التقيا إلى أب واحد، وإنما يلتقيان إلى أب واحد إذا كان المدعي ابن عم الميت لأبيه وأمه أو لأبيه، وقد شهدوا أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره، فوجب القضاء به بالميراث، فإن جاء آخر بعد ذلك، وأقام بينة أنه عصبة الميت: فإن أثبت الثاني مثل ما أثبته الأول، بأن أثبت أنه فلان بن فلان الفلاني، والميت فلان ابن فلان الفلاني، حتى التقيا إلى أب واحد: قبلت بينة الثاني إذا التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة.

وإن كانا من قبيلتين، بأن ادعى الأول أنه من العرب، وادعى الثاني أنه من العجم، لا تقبل بينة الثاني؛ لأن العمل بالبينتين متعذر، إذ يستحيل أن يكون للرجل ابن عم من قبيلتين، فرجحت البينة الأولى بالقضاء.

وإن أثبت الثاني نسباً أبعد من الأول، بأن أثبت الثاني أنه ابن ابن عمه، فالقاضي لا يلتفت إلى بينته، التقيا إلى أب واحد من قبيلة واحدة أو من قبيلتين؛ لأنه لا يستحق شيئاً من الميراث مع الأقرب.

وإن أثبت الثاني نسباً فوق الأول، بأن ادعى الثاني أن الميت ابنه، وُلد على فراشه، وأنه أبوه، لا وارث له غيره، فهذا على وجهين: إن ادعى الأب نسبه من القبيلة التي ادعاها ابن العم، تقبل بينة الأب، وينتقض القضاء الأول في حق الميراث دون النسب، حتى يبقى الأول ابن عم له، حتى لو مات هذا الأب يرث الأول منه إذا لم يكن له وارث أقرب منه؛ لأن العمل بالبينتين في حق إثبات النسب ممكن؛ إذ يجوز أن يكون لإنسان أب وابن عم من قبيلة واحدة، وإذا أمكن العمل بالبينتين في حق إثبات النسب لم ينتقض القضاء الأول في حق النسب، وينتقض في حق الميراث؛ لأن ابن العم لا يرث مع الأب.

وإن ادعى الأب نسبه من قبيلة أخرى، قبلت بينة الأب، وينتقض القضاء الأول في حق الميراث والنسب جميعاً؛ لأن العمل بالبينتين في حق النسب متعذر هاهنا؛ لأن في دعواهما أن للميت أبوين هذا المدعي وأخ أب ابن العم، ولا يتصور من حيث الحقيقة أن يكون للشخص الواحد أبوان، وإذا تعذر العمل بهما في حق النسب، وجب

العمل ببينة الأب؛ لأن في بينة الأب زيادة إثبات؛ لأن الأب أقرب.

فإن قيل: لا بل العمل بالبينتين في حق النسب ممكن، بأن كان بين رجلين من قبيلتين جارية، جاءت بولد فادعياه، ينبغي أن لا ينقض القضاء الأول في حق النسب؟

قلنا: يجوز أن يكون للولد الواحد أبوان من حيث الحكم كما قلتم، إلا أن من شرط ثبوت أبوين للواحد أن يدعيا معًا، أما إذا سبق أحدهما الآخر في الدعوى، لا تصح دعوة الثاني، وههنا مدعي الأبوة صار سابقًا معنى، وإن كان ابن العم سابقًا في الدعوى صورة؛ لأن الأب ادعى لنفسه زيادة قرب لم يدعه ابن العم، فصار الأب منفردا بهذه الزيادة، ولم يزاحمه ابن العم في ذلك، فصار سابقًا معنى، فيعتبر بما لو كان سابقًا حقيقة، ولو كان سابقًا حقيقة، لا تصح دعوى ابن العم في ذلك، كذا ههنا.

فإن قيل: إذا تعذر العمل بهما من حيث الحقيقة والحكم، كان يجب أن يترجح البينة التي اتصل بها القضاء، كما لو ادعى الثاني أنه ابن عم الميت من قبيلة أخرى.

قلنا: إنما تترجح البينة التي اتصل بها القضاء حالة التساوي إذا لم يكن في البينة الثانية زيادة إثبات، كما في ابني العم، فعند الاستواء في الإثبات تترجح الأولى بحكم اتصال القضاء بها، وههنا في البينة الثانية زيادة إثبات، وفي مثل هذا الترجيح بزيادة الإثبات لا باتصال القضاء؛ لأن الترجيح من حيث زيادة الإثبات ترجيح في تعيين الشهادة، والترجيح من حيث القضاء ترجيح من حيث الحكم.

وخرج على المعنى قلت: الولد إذا تنازع فيه رجلان، فأقام أحدهما البينة، وقضى القاضي بالولد، ثم أقام الآخر البينة بعد ذلك، لم تقبل بينته، وترجح الأول بالقضاء؛ لأنه ليس في البينة الثانية زيادة إثبات، والجمع بينهما غير ممكن، فرجحنا الأول باتصال القضاء بها.

١٥٠٢٩ - وإذا شهد شاهدان، أن فلانًا أعتق هذا الميت، وأن هذا الرجل عصبة الذي أعتق، لا تقبل شهادتهما ما لم يبينا سبب العصوبة أنه ابن الذي أعتق، أو أبوه، أو أخوه، أو ما أشبه ذلك، وهذا لأن أسباب العصوبة كثيرة، ومن العصبات من لا يصير محجوبًا بغيره، ومنهم من يصير محجوبًا بغيره، فلا بد من أن يعلم القاضي سبب عصوبته، حتى إذا جاء آخر وادعى عصوبته، فالقاضي يعلم أن الثاني محجوب

ووجه الاستحسان: أن العمل بحقيقة هذه الشهادة إن تعذر من الوجه الذي قلتم أمكن العمل بمجازه، بأن يحمل قولهما: لا وارث له غيره كناية عن قولهما: لا نعلم له وارثاً غيره؛ لأن عدم وارث آخر غير هذا المدعي متى ثبت على الحقيقة ثبت عدم العلم بوارث آخر غيره، فيمكن أن يجعل نفيه على الحقيقة كناية عن نفي علمه.

الرابع: إذا قالا: لا نعلم له وارثاً آخر بأرض كذا غير فلان، قال أبو حنيفة: هذه الشهادة جائزة، ويقضى له بالميراث، وقالا: لا تجوز هذه الشهادة، ولا يقضى له بالميراث، وجه قولهما: أن وجود وارث آخر في مكان آخر إن لم يثبت بشهادتهما نصاً، فقد ثبت مقتضى تخصيصهما هذا المكان بنفي وارث آخر فيه؛ لأنه لو لم يكن له وارث آخر في مكان آخر، لم يكن لتخصيص هذا المكان بالنفي فائدة، والثابت اقتضاء والثابت نصاً سواء، ولو ثبت وجود وارث آخر في مكان آخر نصاً، بأن قالا: لا نعلم له وارثاً آخر في مكان كذا، وله وارث آخر في مكان كذا، أليس أن القاضي لا يدفع المال إليه؟ كذا ههنا، ألا ترى أنهما لو قالا: لا نعلم له وارثاً آخر في هذا المجلس، لا يقضى بالميراث له، وطريقه ما قلنا.

ولأبي حنيفة: أن وجود وارث آخر في مكان آخر لم يثبت بشهادتهما لا نصاً، ولا مقتضى تخصيصهما هذا المكان بالنفي فيه؛ لأن لهذا التخصيص فائدة أخرى، ووجه ذلك أنه لما لم يكن له وارث آخر في هذا المكان، مع أنه مسقط رأسه أولى أن لا يكون له وارث آخر في مكان آخر.

ثم نقول: إن في هذا الكلام تقديماً وتأخيراً يمكن تصحيح الشهادة لو حُمل عليه، فيحمل عليه، إذ يجب تصحيح الشهادة بقدر الإمكان، ووجه التقديم والتأخير أن لا نعلم له وارثاً غير فلان بأرض كذا، فيكون ذكر الأرض لكون فلان فيها، ويبقى النفي على العموم، أما أن يكون ذكر الأرض لتخصيصه بالنفي فيه فلا.

١٥٠٣١ - ثم الشهود إذا شهدوا على وراثة شخص واحد، وبيّنوا سببها، وهذا الشخص ممن يستحق جميع المال، ولا يصير محجوباً بغيره كالابن والابنة والأب، إن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره، فالقاضي يدفع جميع المال إليه من غير تلوّم؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بعلم القاضي، ولو علم القاضي بذلك، كان يدفع المال إليه، كذا

هيئا.

فإن قيل: نفي وارث آخر ثابت بقضية الأصل، فإن الأصل هو العدم، فلماذا يشترط نفيه بالشهادة؟

قلنا: نعم، الأصل هو العدم، إلا أن العدم ثابت باستصحاب الحال، لا بدليله، والثابت باستصحاب الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق، فلهذا شرطنا ثبوت النفي بدليله حتى يصلح لإثبات استحقاق ما لم يكن ثابتاً.

فأما إذا شهدوا أنه ابنه، ولم يزيدوا على هذا، فالقاضي لا يدفع جميع المال إليه للحال، بل يتلوم زماناً يقع في غالب رأي القاضي أنه لو كان معه وارث آخر، لظهر في هذه المدة، ولم يقدّر محمد رحمه الله في "الأصل" لذلك مقداراً، ولكن فوّض ذلك إلى رأي القاضي، وهكذا ذكر في "الجامع"، والمذكور في "الجامع الكبير": أن القاضي يتأنى ويتلوّم في ذلك زماناً قدر ما يقع في غالب رأيه أنه لو كان له وارث آخر لظهر في مثل هذه المدة.

وذكر الطحاوي في "مختصره": ويقدر لذلك حولاً؛ لأن الغيبة قد تمتد إلى حول، قالوا: ما ذكر الطحاوي قولهما؛ لأنهما يثبتان المقدار فيما لا نص فيه، ولا إجماع بالاجتهاد، وما ذكر في "الأصل" وفي "الجامع" قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يثبت المقدار فيما لا نص فيه، ولا إجماع بالاجتهاد، بل يفوّضه إلى رأي من ابتلي به، فإذا تلوم حولاً، أو مقداراً وقع في قلبه أنه لو كان له وارث آخر لظهر، دفع المال إليه؛ لأن نفي وارث آخر ثبت بنوع دليل، وهو التلوّم، فصار كما لو ثبت بالشهادة، فأما قبل التلوّم لا يدفع المال إليه؛ لأن نفي وارث آخر قبل التلوم ثابت باستصحاب الحال، وأنه لا يصلح حجة لإثبات استحقاق ما لم يكن ثابتاً.

فرق بين هذا وبينما إذا شهدوا أنه جد الميت أبو أبيه، أو أخوه لأبيه وأمه، ولم يزيدوا على ذلك، فإن القاضي لا يدفع المال إليه بالتلوم ما لم يشهدوا بالنفي، وفي الابن قال: يدفع المال إليه بالتلوم.

والفرق أن في مسألة الابن وقع الشك في بعض المال، لا في دفع الكل؛ لأنه مستحق للبعض على كل حال، وفي مسألة الأخ والجد الشك وقع في الكل؛ لأنهما

يستحقان بوارث آخر. ولا شك أن الشك المتمكن في دفع الكل فوق الشك المتمكن في دفع النصف، والنفي الثابت باللوم دون النفي الثابت بالشهادة من حيث الحقيقة، فاكتفى باللوم للنفي متى وقع الشك في دفع البعض، ولم يكتف به متى وقع الشك في دفع الكل، ليظهر نقصان رتبة اللوم عن رتبة الشهادة، وصار هذا نظير مسألة الجد والأخ من مسألة الابن أيضًا لو شهدوا أن جده أب أبيه ووارثه، أو شهدوا أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، متى ثبت له استحقاق البعض، ووقع الشك في الباقي، ولو كان كذلك، كان يدفع المال إليه بالتلوم.

وإذا عرفت الجواب في الابن، فهو الجواب في الابنة والأبوين؛ لأن الشك في حقهم تمكن في البعض؛ لأنهم لا يحجبون بحال، والجواب في ابن الابن، وفي ابن الأخ والعم وابن العم كالجواب في الجد والأخ؛ لأن في حق هؤلاء وقع الشك في دفع الكل؛ لأنهم يحجبون بغيرهم.

هذا الذي ذكرنا إذا كان المدعي يستحق جميع المال، وهو ممن لا يحجب بغيره، كالابن والابنة، أو ممن يحجب بغيره، كالأخ والعم وابن الابن وأشباههم، فأما إذا كان المدعي وارثًا لا يستحق جميع المال، ولكن لا يصير محجوبًا بغيره، كالزوج والزوجة، إن شهدوا أنه زوجها، أو أنها زوجته، لا نعلم له وارثًا غيره، دفع إلى الزوج النصف، وإلى المرأة الربع؛ لأن نفي وارث آخر ثبت بالشهادة، فصار كأنا نعلم النقص.

١٠٥٤٢ - وأما إذا شهدوا أنه زوجها، أو أنها زوجته، ولم يزيدوا على هذا، أجمعوا على أن قبل التلوم لا يدفع إليه أكثر النصيبين؛ لأن استحقاق أكثر النصيبين معلق بعدم الولد، وأنه لم يثبت بالشهادة، والعدم الثابت باستصحاب الحال لا يكفي، وأما إذا تلوم زمانًا، ولم يظهر وارث آخر، قال محمد في دعوى الأصل: إن القاضي يدفع إليه أكثر النصيبين، إن كان زوجًا يدفع إليه النصف، وإن كانت زوجة يدفع إليها الربع.

وقال أبو يوسف: يدفع إليهما أقل النصيبين، إن كان زوجًا الربع، وإن كانت زوجة الثمن، ولم يذكر قول أبي حنيفة في المبسوط، والطحاوي في مختصره، ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، والخصاف ذكر قوله مع محمد.

١٥٠٣٣ - وإذا ادعى داراً في يدي إنسان أنه ورثها من أبيه، وجاء بشهود شهدوا أنها كانت لأبيه إلى أن مات، وتركها ميراثاً له، لا نعلم له وارثاً غيره، فالقاضي يقبل هذه الشهادة، ويقضي بالدار للمدعي، وهذا ظاهر.

وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة، ويقضي بالدار للمدعي، وإن لم يشهدوا أنه تركها ميراثاً له؛ لأنه إن لم يشهدوا بذلك صريحاً، فقد شهدوا بذلك دلالة؛ لأن ما كان للإنسان عند الموت يصير ميراثاً لورثته لا محالة.

وكذلك إذا شهدوا أنها كانت في يد أبيه إلى أن مات، أو شهدوا أنها كانت في يد أبيه يوم الموت، فالقاضي يقبل هذه الشهادة، ويقضي بالدار للمدعي؛ لأن الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له يوم الموت؛ لأن اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه، ويبين ما كان عنده من الودائع أو المغصوب[1]، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه، فجعلنا اليد عند الموت يد ملك من هذا الوجه.

وروى الحسن بن زياد وعلي بن يزيد الطبري صاحب محمد عن محمد: أنه لا تقبل الشهادة في هذه الصورة؛ لأنهم شهدوا بيد عرف القاضي زوالها، ولم يشهدوا بالملك للمورث، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لما ذكرنا أن الأيدي المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك، فكانت هذه شهادة بالملك من حيث المعنى.

ولو شهدوا أنها كانت لأبيه، ولم يجروا الميراث إلى المدعي، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أولاً، ثم رجع أبو يوسف عن هذا القول، وقال: تقبل هذه الشهادة، ويقضي بالدار للمدعي.

وجه قول أبي يوسف آخراً: إن كون هذه الدار ملكاً للميت يوم الموت إن لم تثبت بعين الشهادة تثبت بمقتضى الشهادة أنها كانت لأبيه؛ لأن ما كان للإنسان يبقى له إلى أن يوجد ما يزيله، فيبقى إلى يوم الموت، فصار هذا وما لو شهدوا بكونه له يوم الموت سواء.

(١) هكذا في م و ف، وكان في الأصل: «و المغصب».

والدليل عليه أن الابن لو كان حيًا وادعى الدار لنفسه، وجاء المدعي بشهود شهدوا أنها كانت للمدعي، فالقاضي يقبل هذه الشهادة؛ لأن الشهادة بأنها كانت للمدعي شهادة بأنها للمدعي في الحال، والدليل عليه ما لو شهدوا على إقرار ذي اليد أنها كانت للميت، فإنه يقبل هذه الشهادة، ومعنى هذا بمنزلة إقراره أنها كانت للميت يوم الموت بالطريق الذي قلنا

والدليل عليه أن من ادعى عينًا في يد إنسان أنه له، اشتراه من فلان الغائب، وجاء بشهود، لا بد للشهود أن يذكروا في شهادتهم ملك البائع، فلو شهدوا أنه كان للبائع، فإنه يقضي للمشتري، وإن لم يشهدوا بكونه ملكًا للبائع يوم البيع، ما كان الطريق إلا ما قلنا

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: إن كون هذه الدار ملكًا للميت يوم موته ثابت باستصحاب الحال، لا بالبينة، فإنهم لم يشهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت، وإنما شهدوا أنها كانت لأبيه لا غير، إلا أن ما ثبت للأب، فإنه يبقى إلى يوم الموت ما لم يوجد دليل الزوال باستصحاب الحال، لا بدليل يوجب بقاءه.

قلنا: والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما هو ثابت، ولا يصلح لإثبات ما هو غير ثابت على ما عرف، فصيرنا الملك الثابت يوم الموت باستصحاب الحال، لا بالبينة لإبقاء ما كان ثابتًا، وهو الملك للميت، فإنه لا يثبت للوارث بالموت ملك جديد، بل يبقى ما كان للميت، حتى يرد بالعيب، ويرد عليه، ولم يعتبر في حق مالكية الوارث؛ لأن اعتباره في حق مالكية الوارث اعتبار لإثبات ما لم يكن ثابتًا، وإنه يصلح للحال، فأخذ الاعتبارين إن وجب القضاء بهذه البينة، في اعتبار الآخر لا يجب، فلا يجب بالشك والاحتمال

وليس كما لو شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت؛ لأن كون هذه الدار يوم الموت للميت ثابت بالبينة، فإن الشهود شهدوا بذلك نصًا، والثابت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، أما في مسألتنا هذه فكون هذه الدار للميت يوم الموت غير ثابت بالبينة، والتقريب ما مر[٤٠٢]

[٤٠٢] وفي الأصل: مامر

بخلاف ما إذا شهدوا أنه كان في يده يوم الموت؛ لأن الشهادة باليد للميت يوم الموت شهادة بالملك له على ما بيّنا، وإذا كانت شهادة بالملك له، فكون هذا الشيء ملكًا للميت يوم الموت، ثبت بنفس البينة، وليس كما لو ادعى الملك لنفسه، وشهدوا أنها كانت للمدعي، فإنه يقضي بحال المدعي، وإن ثبت كونها ملكًا للمدعي للحال باستصحاب الحال، لا بالبينة؛ لأن هناك لا تعتبر لكون الثابت للحال باستصحاب الحال لإثبات ما لم يكن ثابتًا، بل تعتبره لبقاء ما كان ثابتًا له من الملك والمالكية جميعًا، بخلاف ما نحن فيه.

ونظير مسألة الشراء؛ لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع في المبيع الثابت له وقت الشراء باستصحاب الحال، وإن كان لا بد لإثبات ملك المشتري من بقاء ملك البائع إلى يوم الشراء؛ لأن الشراء آخرهما وجودًا، وأنه لا يوجد حكمًا ببقاء ملك البائع إلى يوم الشراء، وإن لم يوجد بالمباشرة عن اختيار، وأنه سبب الملك، فإنه موضوع لذلك، ألا ترى أنه لا يتحقق من غير إيجاب الملك، فيكون الملك الثابت للمشتري مضافًا إلى الشراء الذي ثبت بالبينة، لا إلى بقاء ملك البائع الثابت باستصحاب الحال، وما ثبت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، وأما ههنا ثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملكًا للميت وقت الموت، لا إلى الموت الثابت معاينة؛ لأن الموت ليس بسبب الملك، فإنه موضوع لإبطال الحياة، لا لإيجاب الملك حتى يتحقق من غير إيجاب ملك لأحد، وبقاء ملك الميت إلى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا إن صلح لإبقاء ما كان ثابتًا.

ونظير مسألة الإقرار قلنا: الملك الثابت للوارث هناك مضاف إلى إقرار ذي اليد الثابت بالبينة، لا إلى بقاء ملك أبيه يوم الموت الثابت باستصحاب الحال، وإن كان لا بد للميراث من الأمرين جميعًا، كما في الشراء، إلا أن الإقرار آخرهما وجودًا، وأنه يصلح سبب الملك من وجه؛ لأنه تمليك من وجه من جهة المقر إن كان إخبارًا من وجه، ولهذا لا يصح إذا لم يقر للمقر له ملكًا، والإقرار ثابت بالبينة، والثابت بالبينة يصلح لإثبات ما لم يكن ثابتًا، فأما ملك الوارث مضاف إلى كون هذه الدار ملكًا للأب يوم الموت، لا إلى الموت الثابت معاينة، وكون هذا المال لأبيه يوم الموت ثابت باستصحاب

الحال، وأنه لا يصلح لإثباته، لم يكن ثابتًا. فهذا هو الفرق بين هذا وبين الإقرار.

ولو شهدا أنها لأبيه، لا تقبل الشهادة، ذكر محمد المسألة في كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف، وقد اختلف المشايخ فيه. منهم من قال: المسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة، وعلى قول أبي يوسف: تقبل؛ لأنهم شهدوا بالملك للميت، والثابت للوارث عين ما كان ثابتًا للمورث.

والحاصل: أن أبا يوسف اعتبر جانب الملك، ولا استحالة في جانب الملك، وهما اعتبرا جانب المالكية، فقالا: أثبتوا[1] المالكية للميت في الحال، ولا مالكية للميت في الحال، فكانت هذه شهادة

ومنهم من قال: لا تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وإليه ذهب الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل، وكان يقول: بأن محمدًا ذكر كلا المسألتين في الكتاب، ثم نص رجوع أبي يوسف في مسألة الكون للميت، ولو كان الخلاف فيهما واحدًا[2] لذكر رجوعه فيهما، فعلى هذا أبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين تلك المسألة.

ووجه الفرق له أن يقال: بأن الاستحالة في هذه المسألة لم تتحقق في جانب الملك؛ لأن الملك لم يتجدد للوارث، بل قام مقام الميت كأنه هو، وإنما تحققت الاستحالة في إثبات المالكية للميت، فاعتبر الاستحالة في إثبات المالكية للميت للحال يمنع قبول الشهادة، واعتبر إثبات الملك للورثة للحال، وأنه غير مستحيل للحال يوجب القبول، فلا يمنع القبول بالشك، بخلاف ما لو شهدوا أنه كان لأبيه؛ لأنها غير مستحيلة باعتبار إثبات الملك والمالكية جميعًا؛ لأنهم أثبتوا كلا الأمرين في حالة الحياة، فوجب القبول، وإذا وجب القبول بقي الملك إلى يوم الموت باستصحاب الحال، ثم يثبت مالكية الوارث حكمًا.

وهذا الاختلاف فيما إذا لم يجروا الميراث، فأما إذا جروا، وقالوا: هذا لأبيه مات، وتركها ميراثًا له، تقبل هذه الشهادة بلا خلاف، وذكر محمد مثل هذا في مسألة

---

(١) في الأصل: أثبتا.

(٢) في الأصل: واحد.

المذكور في "الأصل"، على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى -.

١٥٠٢٤ - وفي "فتاوى النسفي": إذا شهد الشهود بالوراثة، وقالوا: اين محدود ملك فلان بود، وحق وى بود، ودر دست وى تا روز مرگ بود، وميراث ماند فرزندان خويش را فلان وفلان، ذكر أنه ليس بتام، ولا بد من أن يقول: ميراث ماند اين محدود برين فرزندان، ميراث ماند، حتى يتم حكم الميراث في المحدود المدعى.

قال الشيخ الإمام نجم الدين عمر النسفي: وكتبت الفتوى في جواز الشهادة، وبالغت في شرائط الجواز في أن ترك البينة عند قولي: وتركه ميراثًا، وكتبت: وترك ميراثًا، فقال لي السيد الإمام: أخبر به بهاء وحمل، وتركه ميراثًا حتى أفتى بالصحة، وينبغي أن يقال: إذا شهدوا أنه كان ملكه يوم موته، أو شهدوا أنه كان في يده يوم مات أن لا يحتاج فيه إلى جر الميراث، وإنما يحتاج إليه إذا شهدوا أنه كان ملك مورثه، أو شهدوا أنه كان ملكه، ولم يتعرضوا ليوم موته، بدليل المسائل التي تقدم ذكرها.

١٥٠٢٥ - قال: وإذا شهد شاهدان أن فلانًا مات، وترك هذه الدار ميراثًا لفلان أبيه هذا لا يعلمون له وارثًا غيره، ولم يدركا فلانًا الميت، لا تقبل شهادتهما، وإنما لم تقبل شهادتهما لا لخلل في جر الميراث؛ لأنهم جروا الميراث إليه على وجهه حيث قالوا: وتركها ميراثًا له، ولا لخلل في الشهادة بالنسب والموت من حيث إنهم شهدوا بالشهرة والتسامع؛ لأن الشهادة بالنسب والموت بالشهرة جائزة، ولكن لم تقبل شهادتهما لخلل في شهادتهما بالملك؛ لأنهم شهدوا بالملك للميت بالشهرة والتسامع، فإن ما لا يكون ملكًا للميت لا يصير ميراثًا لورثته، وإذا لم يدركوا الميت لم يعاينوا سبب الملك منه في الدار، ولا كون الدار في يده يتصرف فيها تصرف الملاك، فعلم أن شهادتهما بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع، والشهادة في الأملاك بالشهرة والتسامع لا تجوز.

هذا إذا كان نسب المدعي معروفًا من الميت، وإن لم يكن نسبه معروفًا من الميت، فشهدا أنه فلان ابن فلان الميت، وأن فلانًا الميت ترك هذه الدار ميراثًا له، ولم يدركا الميت، لم يذكر هذا الفصل ههنا، وذكر في "المنتقى": أجيز شهادتهما في النسب وأبطلها في الميراث.

١٥٠٣٦- ولو شهدوا على دار في يدي رجل أنها كانت لجد هذا الرجل المدعي يوم مات، وقد أدركوا الجد، والمدعي يدّعي أنها كانت لأبيه، فاعلم بأن هذا على فصلين: أحدهما: إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعي، وأنه على وجهين: الأول: إذا جرّوا الميراث، بأن شهدوا أنها كانت لجد هذا المدعي فلان مات الجد، وتركها ميراثاً لأب هذا المدعي، ثم مات الأب وتركها ميراثاً لهذا المدعي، وفي هذا الوجه تقبل هذه الشهادة، ويقضى بالدار للمدعي.

الوجه الثاني: إذا لم يجرّوا الميراث، بأن شهدوا أنها كانت لجد المدعي، ولم يزيدوا على هذا، وفي هذا الوجه إن لم يعلم تقدم موت الجد على موت الأب، لا يقضى بالدار للمدعي بالإجماع، وإن علم فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد، وأبي يوسف أولاً، ثم رجع أبو يوسف، وقال: يقضى بالدار للمدعي، والاختلاف في هذا نظير الاختلاف فيما إذا شهدوا أنها كانت لأبيه.

ولو شهدوا على إقرار ذي اليد أن هذه الدار كانت لجد المدعي، ولم يجرّوا الميراث، فإن القاضي يقضي بالدار للمدعي إذا لم يكن له وارث آخر، كما لو شهدوا على إقرار ذي اليد أنها كانت لأبيه، وبعض مشايخنا قالوا في مسألة الجد: لا تقبل الشهادة بلا خلاف.

١٥٠٣٧- الفصل الثاني: إذا شهدوا أن هذه الدار لجدّ هذا المدعي، ولم يقولوا: كانت لجده، فإن جرّوا الميراث تقبل الشهادة، ويقضى بالدار للمدعي؛ لأن تفسير الجر أن يقولوا: هذه الدار لجده، مات الجد، وتركها ميراثاً لأبيه، ثم مات أبوه وتركها ميراثاً لهذا المدعي، ومتى قالوا: مات الجد وتركها ميراثاً لأبيه، فقد شهدوا بالملك لأبيه حالة حياته، وصار من حيث المعنى كأنه قال: كانت لأبيه وجرّوا الميراث.

فأما إذا لم يجرّوا الميراث، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: لا تقبل؛ لأنهم لو شهدوا أنها كانت لجدّ المدعي، ولم يجرّوا الميراث، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة ومحمد، فههنا أولى، وأما على قول أبي يوسف الآخر، فقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل هذه الشهادة؛ لأن معنى قول الشاهد: إنها لجده عرفاً وعادة أنها كانت لجده، ولو شهدوا أنها كانت لجده، أليس أن يقضى بها للمدعي عنده، كذا هنا.

ومنهم من قال: لا تقبل الشهادة، ولا يقضى بالدار للمدعي عنده، والفرق لأبي يوسف بينما إذا شهدا أنها كانت لجد المدعي، وبينما إذا شهدا أنها لأب المدعي أنهم إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعي، فقد أثبتوا الملك لجده حال حياته، وهو من أهل الملك في حياته، فيثبت الملك للجد في حياته بهذه الشهادة، ولما ثبت للجد ينتقل إلى المدعي ما لم يثبت الزوال من الجد قبل موته إلى غيره، أما في هذه المسألة أثبتوا الملك للجد بعد الموت؛ لأن قولهم له عبارة عن الحال، وهو ميت في الحال، والميت ليس من أهل الملك، فلم يثبت الملك للجد، فكيف ينتقل إلى المدعي؟

وإن شهدوا أن الدار كانت لجد هذا المدعي، مات الجد وتركها لأب هذا المدعي ميراثًا لا وارث له غيره، ولم يزيدوا على هذا، يعني لم يشهدوا أن أب هذا المدعي مات وتركها ميراثًا، فالمسألة على الخلاف الذي ذكرنا؛ لأنهم شهدوا بملك الجد والانتقال إلى أبيه، فكأنهم شهدوا أنها كانت لأبيه، وهناك المسألة على الخلاف.

وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنها كانت لأبيه، كلفتهم البينة على عدد الورثة، ثم نفذت القضاء؛ لأنهم ما لم يشهدوا على عدد الورثة لا يصير نصيب المدعي معلومًا، والقضاء بالمجهول لا يجوز، وكذلك إذا شهدوا أنها كانت لجد المدعي، كلفتهم البينة على عدد الورثة، ثم نفذت القضاء بحصة هذا المدعي، وهذا لأن الشهادة على أنها كانت لأبيه، أو على أنها كانت لجده شهادة معتبرة عند أبي يوسف، وبها ثبت كون الدار مملوكًا للأب والجد عند الموت، وما كان مملوكًا عند الموت يصير ميراثًا لورثته، إلا أنا لا نعلم كم نصيب هذا المدعي من الميراث، فشرطنا بيان عدد الورثة ليعلم مقدار نصيب المدعي.

١٥٠٣٨- وذكر في «كتاب الأقضية»: دار في يدي رجل أقام رجل البينة أن أبي اشتراها منه بألف درهم، وقد مات أبي وأنا ابنه بعد ذلك، فإني لا أكلفه البينة أن أباه مات، وتركها ميراثًا له، ولكن أسأله البينة أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره، فإن أقامها أمرته بدفع الدار إليه، وإنما لم يكلفه إقامة البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا له؛ لأنه لما أقام البينة على الشراء منه، ومعلوم أن كل بائع مقر بالملك للمشتري، صار كأنه أقام البينة على إقرار ذي اليد بالملك لمورثه، وقد ذكرنا أن صاحب اليد إذا أقام البينة على إقرار ذي

لاحقاً به، ولا يتصور أن يكون موت الجد سابقاً على موت أب المدعي ولاحقاً به، فلابد من العمل بالراجح منهما، فنقول: بينة ابن الأخ راجحة لوجهين: أحدهما: ما أشار إليه في الكتاب، فقال: لأن ابن الأخ هو المدعي، ومعنى هذا الكلام أن ابن الأخ يثبت الملك لنفسه في نصف الدار ببينته على العم، والعم لا يثبت لنفسه شيئاً على ابن الأخ ببينته، وإنما ينفي ببينته ما أثبت هو لنفسه من نصف الدار، والبينات شرعت للإثبات لا للنفي.

الثاني: بينة العم مثبتة أيضاً، إلا أن بينة ابن الأخ أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت الملك لأبيه في نصف الدار أولاً، ثم يثبت الملك له في نصف الدار من جهة الأب، وبينة العم تثبت الملك للعم، أما لا يثبت الملك لأبيه وهو الجد؛ لأن الملك ثابت للجد باتفاقهما، والبينات شرعت للإثبات، فما كان أكثر إثباتاً كان أولى بالقبول.

فإن قيل: إن كان لبينة ابن الأخ رجحان من هذا الوجه، فلبينة العم رجحان من وجه آخر، فإن للعم مع البينة اليد، واليد مما يقع به الرجحان إذا كان الدعوى في تلقي الملك من جهة الثالث، كما في دعوى الشراء من ثالث، فإن الرجلين إذا ادعيا شراء عين من ثالث، وأقاما البينة، والعين في يد أحدهما، فإنه يقضي بالعين لصاحب اليد.

والجواب عن هذا أن يُقال: بأن الملك فوق اليد، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا أن هذه الدار كانت لهذا المدعي، تقبل الشهادة ويقضى بالدار للمدعي، ولو شهدوا أن هذه الدار كانت في يد المدعي، كانت المسألة على الاختلاف، فإذا كان الملك فوق اليد، كان الترجيح بالملك أولى من الترجيح باليد، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من ثالث؛ لأن هناك استوى المدعيان في إثبات الملك، ولأحدهما يد، فكان هو أولى، كما في دعوى النتاج، أما ههنا بخلافه.

١٥٠٤٠- الوجه الثاني: إذا كان في يد ابن الأخ شيء من ميراث أبيه، وباقي المسألة بحالها، ففي هذا الوجه ميراث الجد كله للعم، وميراث الأخ كله لابن الأخ، ويجعل كأنهما ماتا معاً، وهذا لأن البينتين استويا في الإثبات من كل وجه؛ لأن بينة ابن الأخ أثبت موت الجد سابقاً على موت أبيه، وأثبت لأبيه ميراثاً من الجد، وهو نصف الدار التي في يد العم، ثم أثبت ذلك لنفسه من جهة أبيه، وبينة العم أثبتت موت الأخ

سابقًا على موت الجد، وثبت للجد ميراثًا من أخيه، وهو سدس ما في يد ابن الأخ، ثم أثبت ذلك لنفسه من الجد، فهو معنى قولنا: البينتان استويا في الإثبات من كل وجه، والمدعيان استويا في اليد أيضًا، فلا ترجيح لإحدى البينتين على الأخرى، ولا لأحد المدعيين على صاحبه، فلا يعمل ببينة كل واحد منهما، فخرجت البينتان من البين، وموت كل واحد منهما قد ظهر، والتاريخ بينهما ليس بمعلوم، فيجعل كأنهما ماتا معًا، كما في الغرقى والهدمى والحرقى، ولو ماتا معًا لا يرث أحدهما من صاحبه، ويجعل مال كل واحد منهما لورثته، كذا ههنا، بخلاف ما إذا لم يكن في يد ابن الأخ شيء من تركة أبيه؛ لأن هناك ترجحت بينة ابن الأخ بكثرة الإثبات، أما ههنا بخلافه.

١٥٠٤١ - قال في «الأصل» أيضًا: لو أقام رجل البينة على ميراث رجل أنه مات سنة خمسين، وأنه ابنه ووارثه، لا وارث له غيره، وقضى القاضي بذلك، ثم أقامت امرأة البينة أنه تزوجها سنة إحدى وخمسين، ومات بعد ذلك، ذكر أنه تقبل بينة المرأة، وتشارك الابن في الميراث، ويقضى لها بالمهر، هكذا ذكر، ويجب أن لا تقبل بينة المرأة؛ لأن العمل بالبينتين جميعًا متعذر؛ لأن الابن أثبت موت أبيه سنة خمسين، وقضى القاضي بذلك، وإذا صار موته مقضيًا به سنة خمسين، لا يتصور أن يكون مقضيًا به في سنة إحدى وخمسين؛ لأن الموت مما لا يتكرر، وكل واحد منهما في الإثبات مثل صاحبها؛ لأن كل واحد من البينتين أثبت موت مورثه، وسبب وراثته من الميت، وهو النسب والنكاح، فكان يجب أن يترجح الأولى باتصال القضاء بها، لما تعذر العمل بهما قياسًا على ما إذا أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة، وقضى القاضي بذلك، ثم أقامت امرأة أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان، قال: لا تقبل البينة الثانية، وتترجح الأولى باتصال القضاء بها؛ لأن كل واحدة منهما في الإثبات مثل صاحبتها، والعمل بهما متعذر؛ لأن الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون بمكة وخراسان، فترجحت الأولى باتصال القضاء بها، فكذا هكذا.

والدليل ما لو كان مكان الموت قتل لو أقام الابن البينة أن فلانًا قتل أباه سنة خمسين، وأنه ابن وارثه، وقضى القاضي بذلك، ثم جاءت امرأة وأقامت البينة أنه تزوجها سنة إحدى وخمسين، ثم قتله فلان بعد ذلك، فإنه لا تقبل بينة المرأة، وتترجح الأولى باتصال القضاء بها؛ لأن كل واحد منهما في الإثبات مثل الأخرى، والعمل بهما

متعذر، فترجحت الأولى باتصال القضاء بها إلا أن الجواب عنه، وهو الفرق بين مسألة الموت والقتل، وبين مسألة مكة وخراسان أن يقال: بأن البينة الأولى إنما ترجحت بالقضاء في مسألة القتل؛ لأن القتل صار مقضيًا به بالبينة الأولى؛ لأن القاضي قضى بالضمان على القاتل، ولابد للقضاء بضمان القتل من القضاء بالقتل؛ لأنه سببه، كما لابد للقضاء بالملك بالشراء من القضاء بالشراء؛ لأن الشراء سببه، وإذا صار القتل مقضيًا به ضرورة القضاء بضمان القتل صار التاريخ معه مقضيًا به؛ لأن القتل لابد وأن يكون في الزمان كما في الشراء، وإذا صار القتل مقضيًا به في سنة خمسين، لا يتصور ثانيًا في سنة إحدى وخمسين؛ لأنه لا يتكرر، فترجحت الأولى بالقضاء لهذا.

وكذلك كون المتزوج بمكة في مسألة مكة وخراسان، صار مقضيًا به مع النكاح، وإن لم يكن كونه بمكة سببًا للاستحقاق، بل سبب الاستحقاق هو النكاح؛ لأنه لا يمكن القضاء بالنكاح بدون المكان، فإنه لابد للنكاح من كون الناكح في مكان، وإذا لم يكن للنكاح بد من المكان، صار المكان الذي ذكره الشهود أولى بإضافته من غيره من الأمكنة، وإذا صار كونه بمكة مقضيًا به يوم النحر مع النكاح لم يتصور أن يصير كونه بخراسان مقضيًا به في ذلك اليوم مرة أخرى، فترجحت الأولى بالقضاء، فأما في مسألة الموت، فالموت لم يصر مقضيًا به، لا ضرورة القضاء بالنسب، ولا ضرورة القضاء بالميراث، أما ضرورة القضاء بالنسب، فلأنه يتصور القضاء بالنسب من غير موت أصلاً، كما لو أقام البينة أنه ابنه في حال حياة أبيه، وأما ضرورة القضاء بالميراث؛ لأن استحقاق الميراث مضاف إلى النسب خاصة لا إلى الموت والنسب؛ لأن النسب يكفي لإضافة استحقاق الميراث إليه، فإن النسب إذا تأخر عن الموت، بأن كان الموت ظاهرًا، والنسب غير ظاهر، وإنما يثبت النسب بشهادة الشهود بعد الموت، كان الاستحقاق مضافًا إلى النسب حتى لو رجع الشهود ضمنوا، وإذا كان النسب كافيًا لاستحقاق الميراث، لم يصر الموت مقضيًا به ضرورة القضاء بالميراث، وإذا لم يصر الموت مقضيًا به ضرورة القضاء بالميراث، ولا ضرورة القضاء بالنسب، لم يصر التاريخ مقضيًا به أيضًا؛ لأن التاريخ صفته، وإذا لم يصر التاريخ مقضيًا به بالبينة الأولى، صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة، فكأن الابن أقام البينة على الموت والنسب من غير تاريخ، وقضى القاضي له بذلك، ثم أقامت المرأة البينة على النكاح والموت، ولو كان كذلك قضى

بالأمرين جميعاً، لأنه لا تنافي بينهما، فكذلك هذا.

فإن قيل: كما يضاف استحقاق الميراث إلى النسب وحده إذا تأخر، فكذا يضاف إلى الموت إذا تأخر، فإن النسب إذا كان ثابتاً، ثم ثبت الموت بالبينة بعد ذلك؛ لأن الاستحقاق يضاف إلى الموت حتى لو رجع الشهود ضمنوا، وإذا كان كل واحد، ومنهما مما يضاف الاستحقاق إليه إذا انفرد، فحالة الاجتماع يكون الاستحقاق مضافاً إليهما لا إلى النسب وحده، وإذا أضيف إليهما صار الموت مقضياً به مع التاريخ، فيجب أن لا تقبل بينة المرأة بعد ذلك.

والجواب عنه أن يقال: بلى[1] الموت يصلح لإضافة استحقاق الميراث إليه إذا تأخر عن النسب إلا أن عند الاجتماع النسب أولى بإضافة الاستحقاق إليه من الموت؛ لأن النسب في الأصل مشروع لا استحقاق استحقاق شرف ونفقة، وكثير من الأمور، ولا يخلو إثبات النسب عن استحقاق شيء من الحقوق التي ذكرنا، فأما الموت غير مشروع للاستحقاق لا محالة، بل مشروع لإبطال الحياة حتى يتحقق من غير إيجاب حق أصلاً لأحد، فتكون الإضافة إلى النسب أولى إذا ثبتا معاً، وقد يجوز أن يضاف الحكم إلى الشيء حالة الانفراد، ثم مع غيره لا يضاف إليه، بل يضاف إلى ذلك الغير، كالحفر يصلح سبباً لإضافة التلف إليه في حق إيجاب الضمان حالة الانفراد، فإذا وجد مع الدفع كان الدفع أولى بإضافة التلف إليه، فكذلك في مسألتنا إذا اجتمع الموت والنسب، يُضاف الاستحقاق إلى النسب، وإن كان يضاف إلى الموت إذا انفرد وتأخر عن النسب، وإذا أضيف استحقاق الميراث إلى النسب، لم يصر الموت مقضياً به، لا في حق إضافة استحقاق الميراث، ولا في حق إمكان القضاء بالنسب؛ لأن الإنكار يثبت بدون الموت أصلاً، وإليه أشار محمد في الكتاب، فإنه قال في مسألة الموت: لأني لم أوجب بموته، يعني لم أقض بموته، قالوا: وقال: في مسألة مكة وخراسان؛ لأني جعلته في ذلك اليوم بمكة، أي قضيت بكونه بمكة ضرورة إمكان القضاء بالنكاح، فهذا فرق محمد.

وكذلك لو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته في توريث امرأته ثم

---

(١) وفي الأصل بلى.

١٥٠٤٣ - ولو أقامت المرأة البينة على النكاح، ولم تأت بولد، فالبينة بينة الابن، والميراث للابن دون المرأة، ويجعل الخنثى إنما تستحق في النسب خاصة، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

١٥٠٤٤ - ولو شهدوا أن أباه مات في هذه الدار، لا تقبل الشهادة.

١٥٠٤٥ - والأصل في جنس هذه المسائل أن الشهود إذا شهدوا على فعل من المورث في العين عند موته، فهذا على وجهين: إما إن شهدوا بفعل هو دليل اليد، أو بفعل هو ليس بدليل اليد، فالذي هو دليل اليد في المنقولات فعل لا يتصور ثبوته بدون النقل كاللبس والتختم، أو فعل يحصل عادة بالنقل، كالركوب في الدواب، وفي غير المنقولات دليل اليد فعل يوجد من الملاك في الغالب، كالسكنى في الدور، فهذا النوع من الفعل إذا قامت البينة على وجوده من المورث في العين عند موته يقضي بالعين للمدعي؛ لأن هذه الأفعال لما كانت دليل اليد، صارت الشهادة عليها عند الموت والشهادة على اليد سواء، والذي ليس بدليل اليد في المنقولات فعل يتأتى بدون النقل، ولا يحصل في الغالب بالنقل، كالجلوس على البساط، وفي غير المنقولات الذي ليس بدليل اليد فعل يوجد من غير الملاك في الغالب كالجلوس والنوم في الدار، فهذا النوع من الفعل إذا قامت الشهادة على وجوده من المورث في العين عند موته لا يقضي بالعين للمدعي؛ لعدم دليل الملك، وعدم دليل اليد التي هي دلالة الملك، إذا ثبت هذا جئنا إلى المسائل، فنقول: إذا شهد الشهود أن أباه مات، وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم، تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما فعلان لا يتهيأ تحصيلهما إلا بالنقل، وهو دليل اليد.

١٥٠٤٦ - وكذلك لو شهدوا أنه مات وهو حامل لهذا الثوب، تقبل الشهادة؛ لأن الحمل لا يتهيأ بدون النقل، أطلق محمد هذا الجواب في الخاتم، وحكي عن القاضي أبي الهيثم عن القضاة الثلاثة أنهم كانوا يفصلون الجواب في ذلك، ويقولون: إن شهدوا أن الخاتم كان في خنصره أو بنصره يوم الموت، تقبل الشهادة.

وإن شهدوا أنه كان في السبابة، أو في الوسطى، أو في الإبهام، لا تقبل الشهادة، لكن الصحيح أن يجري على إطلاقه، كما ذكر محمد؛ لأن الفعل الذي لا يتهيأ إلا بالنقل والتحويل في المنقولات أقيم مقام اليد على ما مر، ولبس الخاتم في أي

فادعى العم أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له، لا وارث له غيره، وادّعى ابن الأخ أن أباه مات، وتركها ميراثًا له، لا وارث له غيره، تقضى بالدار بينهما نصفان؛ لأن كل واحد منهما أثبت الملك لأبيه في الدار، ثم أثبت الانتقال إلى نفسه، فكان الأبوين حيّان حضرا، وادّعى كل واحد منهما الدار لنفسه، والدار في أيديهما، وهناك يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار، ثم ما قضى به لأب كل واحد منهما، يصير ميراثًا لولده.

فإن قال هذا العم: هذه الدار كانت بين أبي وأخي نصفان، وصدّقه ابن الأخ في ذلك، إلا أن العمّ، قال لابن الأخ: مات أخي قبل موت الجد، فصار النصف الذي كان لأخي ميراثًا بين الجد وبينك أسداسًا، ثم مات الجد، فورثت ذلك السدس منه، وقال ابن الأخ: مات الجد أولا، وصار النصف الذي للجد ميراثًا بينك وبين أبي نصفان، ثم مات أبي، فورثت ذلك منه، فنقول: حاصل المسألة أن العم يدعي لنفسه سُدس ما في يد ابن الأخ، وابن الأخ يدّعي لنفسه نصف ما في يد العم، فحصل كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه، فإن لم تقم لهما بينة، ولا لأحدهما، يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا برئًا، وصار الحال بعد الحلف كالحال قبل الحلف، وقبل الحلف كان الدار بينهما نصفان؛ لكونها في أيديهما، فكذا ههنا، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر يقضى للحالف بما نكل صاحبه، وإن أقام أحدهما البينة تقضى له بما شهد له بينته، وإن أقاما جميعًا البينة، قضى بالدار بينهما نصفان؛ لأنه قد ظهر الموتان، ولم يعرف سبق أحدهما، فيجعل كأنهما وقعا معًا، فلا يرث ميّت من ميّت، وإنما يرث من كل ميت ورثته الأحياء، ووارث الجد العمّ، فنصيبه من الدار يصير ميراثًا له، وذلك النصف ووارث الأخ ابن الأخ، فنصيبه من الدار، وذلك النصف يصير له أيضًا.

١٥٠٥٠ - قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل، جاء رجل، وادّعى أن أباه مات، وترك هذه الدار ميراثًا له ولإخوته فلان وفلان وفلان، وأقام على ذلك بينة، وقال الشهودُ: لا يعلمون له وارثًا غيرهم، وإخوته كلّهم غيّب أجمعوا على أن هذه البينة في حق استحقاق جميع الدار للميت مقبولة؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فيما يستحق له وعليه، ألا ترى أنه لو ادّعى على الميت دينًا بحضرة أحدهم، فأقيم البينة عليه، ثبت الدين في حق الكل، وكذلك لو ادّعى أحد الورثة دينًا على إنسان للميت، وأقام على ذلك بينة، ثبت الدين في حق الكل، وأجمعوا على أنه يدفع إلى

عليه، فصارت الدار في يد ابن أخيه، ولم يوص إلى أحد، ثم إن ابنتيه ادعتا، فالقاضي يقضي بالدار بين الأخ وبين الأجنبي نصفين، والمسألة مع فروعها تأتي في كتاب الدعوى.

١٥٠٥٢ - وفي المنتقى: رجل توفي، فادعى رجلان ميراثه، يدعي كل واحد منهما أنه مولاه أعتقه، لا وارث له غيره، وأقام البينة على ما ادعى، ولم يوقتوا للعتق وقتًا، فالميراث بينهما، ولو وقتوا للعتق وقتًا، فصاحب الوقت الأول أولى.

١٥٠٥٣ - وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجلان أخوان في أيديهما دار، فأقام أحدهما بينة أن هذه الدار كانت لأمي، ماتت وتركتها ميراثًا بيني وبين أبي أرباعًا، ثم مات الأب، وترك ذلك الربع بيني وبينك، وأقام الآخر بينة أن هذه الدار كانت لأبي، مات وتركها ميراثًا بيني وبينك، قال: آخذ ببينة الذي ادعى ثلاثة أرباع الدار لنفسه، ولا أقبل بينة الآخر، لأن الآخر يدعي النصف لنفسه، وهي في يده، فلا يدعي شيئًا في يد مدعي ثلاثة الأرباع، فلا تسمع بينته، ومدعي ثلاثة الأرباع يدعي بعض ما في يد الآخر، فتقبل بينته، فيكون له ثلاثة أرباع الدار من قبل أمه، ونصف الربع الآخر له من قبل أبيه، ونصف الربع الآخر للآخر، لأنه يدعي ذلك لنفسه، ولا منازع له فيه.

١٥٠٥٤ - معلى عن أبي يوسف: رجل أقام بينة على ميت أنه أخوه لأبيه وأمه، لا يعلمون له وارثًا غيره، وأقامت امرأة بينة أنها ابنته، جعلت الميراث بينهما نصفين، ولا أسألها بينة أنهم لا يعلمون لها وارثًا غيرها، ألا ترى أن رجلاً لو مات، وترك ابنًا، وشهد الشهود أنهم لا يعلمون له وارثًا غيره، ثم ادعى غيره أنه ابنه، وكل أحد أقام بينة على نسبه، أشركه في الميراث، ولا أسأله بينة على عدد جميع الورثة.

١٥٠٥٥ - قال: وإذا ادعى رجل دارًا ميراثًا من أبيه وجده، ولم يذكر اسم الوارث ونسبه، حكي عن شمس الأئمة الأوزجندي أنه لا تسمع دعواه.

١٥٠٥٦ - في فتاوى أبي الليث: رجل زوج ابنه امرأة، وسمى لها منزلاً، وباعه منها بيعًا صحيحًا، ثم إن هذا الرجل مات، وادعى ورثته أن أباهم باع هذا المنزل من ابنه قبل أن يسميه لها، يعني قبل أن يبيعها من امرأة الابن، فإنهم لا يصدقون على

ذلك، والمنزل لها، وعلى فلان أن يقيم البينة على شراءه قبل تاريخ شراء المرأة، ولا تقبل شهادة الورثة في ذلك؛ لأنهم يريدون بشهادتهم إبراء أنفسهم عن عهدة شراء المرأة، فإن المرأة لو وجدت بالمنزل عيباً، ردته عليهم وخاصمتهم.

١٥٠٥٧- قال: رجل ادعى داراً في يدي إنسان، وقال في دعواه: هذه الدار كانت لأبي فلان، مات وتركها ميراثاً لي ولأختي فلانة، لا وارث له غيرنا، وترك ثياباً ودوابًا، فقسمنا الميراث، ووقعت هذه الدار في نصيبي بالقسمة، واليوم جميع هذه الدار ملكي بهذا السبب، وفي يد هذا بغير حق، فدعواه صحيحة؛ لأنه ادعى جميع الدار ثلثاها بسبب الإرث، وثلثها بسبب القسمة، ولكن لابد وأن يقول: وأخذت أختي نصيبها من تلك الأموال، حتى تصح منه مطالبة المدعى عليه بتسليم كل الدار إليه، ولو كان قال في دعواه: مات أبي وتركها ميراثاً لي ولأختي، ثم إن أختي أقرت بجميعها لي، وصدقتها في إقرارها.

حكي عن شمس الإسلام الأوزجندي أنه قال: دعواه صحيحة، والصحيح أن لا يصح دعواه في الثلث؛ لأن هذا دعوى الملك في الثلث بسبب الإقرار، ودعوى الملك بسبب الإقرار غير صحيح، عليه عامة المشايخ، والمسألة في "الأقضية".

سئل شمس الإسلام الأوزجندي عمّن ادعى على آخر عيناً في يده، وقال: هذا كان ملك أبي، مات وتركها ميراثاً لي ولفلان ولفلان، سمّى الورثة، ولم يبيّن حصة نفسه، صح منه هذا الدعوى، وإذا أقام البينة على هذا الوجه، قبلت بينته، ولكن إذا آل الأمر إلى المطالبة بالتسليم، لابد وأن يبين حصته؛ لأنه لا يملك المطالبة بالتسليم إلا بقدر حصته، فيبين حصته عند ذلك، ولو كان بين حصته، ولكن لم يبين عدد الورثة، بأن قال: مات أبي وترك هذا العين ميراثاً لي ولجماعة سواي، وحصتي منه كذا، وطالبه بتسليم ذلك، لا تصح منه الدعوى، ولا بدّ من بيان عدد الورثة؛ لجواز أنه لو بيّن كان نصيبه أنقص مما سمّى.

١٥٠٥٨- وإذا شهد الرجل بوراثة الرجل، وقال: لا وارث لهذا الميت غيره، أو قال: لا أعلم له وارثاً غيره، ثم شهد بعد ذلك بوراثة رجل آخر عن هذا الميت، قبلت هذه الشهادة؛ لأن قوله لا وارث له غيره، لا نعلم له وارثاً غيره، ليس من صلب

الفصل التاسع
في الشهادة على الشهادة

١٥٠٦٠ - الأصل: إن كل ما ثبت بشهادة النساء مع الرجال، ثبت بالشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة على الشهادة نظير شهادة النساء مع الرجال؛ لأن المتمكن في الشهادة على الشهادة تهمتان، تهمة الكذب في الأصول، وتهمة الكذب في الفروع، والمتمكن في شهادة النساء مع الرجال تهمتان أيضًا، تهمة الكذب بسبب عدم العصمة، وتهمة الضلال والنسيان، فكانا نظيرين إلا أن الشهادة على الشهادة إنما تقبل حالة العجز عن شهادة الأصول، وشهادة النساء مع الرجال[1] تقبل مع القدرة على شهادة الرجال؛ لأن شهادة الفروع بدل من كل وجه؛ لأن الفرع لم يعاين سبب الحق، إنما عاين الأصل، فأما شهادة النساء نظير شهادة الرجال من حيث معاينة الحق، وإنما البدلية من حيث الصورة، فلهذا افترقا.

١٥٠٦١ - وإنما يقع العجز عن شهادة الأصول بأحد أسباب ثلاثة: إما بموت الأصول، أو بمرض الأصول مرضًا لا يستطيع الحضور معه مجلس الحكم، أو بغيبة الأصول غيبة سفر، هكذا ذكر صاحب الأقضية والشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني والشيخ القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي والشيخ الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده، وعن أبي يوسف: أن الأصل إذا كان في موضع لو حضر مجلس الحكم، وشهد لا يمكنه البيتوتة في أهله، جازت الشهادة على الشهادة، وإن أمكن البيتوتة في منزله، لا تجوز الشهادة على الشهادة؛ لأن الشاهد في هذه الصورة لا يكلف بالحضور مجلس الحكم لأداء الشهادة؛ لأنه يحرج بالبيتوتة في غير أهله، والشاهد محتسب في أداء الشهادة، والمحتسب لا يكلف بما فيه حرج، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة في هذه الصورة لبطلت الحقوق، وكثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية.

١٥٠٦٢ - وروي عن محمد: أن الشهادة على الشهادة تجوز كيفما كان، حتى

---

(١) وفي د: وشهادة النساء مع القدرة على شهادة الرجال.

رُوي عنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد، فشهد الفروع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد، تقبل شهادتهم.

١٥٠٦٣- وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي والشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في "شرح أدب القاضي" للخصاف: إذا شهد الفروع على شهادة الأصول، والأصول في المصر، يجب أن يجوز على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة: لا يجوز، بناءً على أن التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما: يجوز.

وجه البناء[1] على تلك المسألة أن الجواب في تلك المسألة مستحق على تلك المسألة المدعي عليه بلسانه، فاستحق عليه الحضور مجلس الحكم للجواب، كما أن في هذه المسألة استحق على الشاهد أداء الشهادة، فاستحق عليه الحضور مجلس الحكم لأداء الشهادة.

ثم عند أبي حنيفة لما لم يملك المدعي عليه إنابة غيره مناب نفسه في الجواب إلا بعذر، فكذا لا تملك الأصول إنابة غيره مناب نفسه في الشهادة إلا بعذر، وعندهما لما ملك المدعي عليه إنابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر، فكذا تملك الأصول إقامة الفروع مقام نفسه في أداء الشهادة من غير عذر.

١٥٠٦٤- وفي "نوادر هشام": قال: سألت محمداً عن رجل خرج، وتبعه قوم وهو يريد مكة، أو سفراً آخر سمّاه، ثم ودعه القوم، أو انصرفوا، ثم شهد قوم على شهادته، وادعى المشهود عليه أنه حاضر، وقد شهدت البينة على ما سمّينا، ولم يزيدوا على ذلك، هل تقبل الشهادة على الشهادة؟ في قول مَن لا تقبل الشهادة على حاضر قال: بلى؛ لأن الغيبة تكون هكذا، وإن كان ودّعهم وهو في منزله، لم يروه حين خرج، لا أقبل شهادتهم؛ لأنه كان في منزله.

هذا هو الكلام في طرف الأداء جئنا إلى طرف الإشهاد، فنقول: الإشهاد على الشهادة صحيح، وإن كان الأصل في المصر بلا خلاف، حتى إذا غاب الأصل بعد ذلك، أو مات، فالفرع يشهد على شهادته، وتقبل شهادته؛ لأن العبرة بحالة الأداء؛

---

(١) وفي ف: وجه ذلك البناء.

يتعذر على الناس الذهاب من جانب إلى جانب لبعد المسافة، لا لقصور ولاية هذا القاضي عن بعض أهل المصر، وإذا كان كذلك صار سجن القاضي الآخر في هذا المصر، وسجن الوالي بمنزلة سجن هذا القاضي، ألا ترى أن سجن الوالي جعل كسجن هذا القاضي في أن لا يطالب الكفيل بتسليم المكفول به، فكذا في حق الشهادة على الشهادة يجعل سجن الوالي، كسجن هذا القاضي ولو كان الأصل في سجن هذا القاضي لم تجز الشهادة على الشهادة، فكذا إذا كان في سجن هذا الوالي.

ثم جواز الشهادة على الشهادة استحسان أخذ به علماؤنا، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه لا يمكن تجويزها بطريق نيابة الفروع عن الأصول؛ لأن الشهادة فرض يتأدى بالبدن، وفي مثله لا تجري النيابة، كما في الصوم والصلاة، ولا يمكن تجويزها باعتبار أنه يقع العلم للفروع بشهادة الأصول؛ لأن شهادة الأصول وجدت في غير مجلس القاضي، والشهادة في غير مجلس القاضي لا تفيد علمًا يوجب العمل، ولا يمكن تجويزها من حيث إن الفروع بشهادتهم يثبتون شهادة الأصول؛ لأن الشهادة ليست من قبيل الحقوق التي يمكن إثباتها بالشهادة عند القاضي.

١٥٠٦٥- ألا ترى أن الشاهد إذا أنكر أن يكون له شهادة لفلان، فأراد المشهود أن يثبت ذلك بالبينة، لا يقدر عليه، إلا أنا استحسنا، وقلنا: بجوازها لتعامل الناس، والناس إنما يعاملون ذلك لإحياء الحقوق؛ لأن الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة، إما بالموت، أو بالسفر، فلو لم تجز الشهادة لبطلت الحقوق، وطريق الجواز أن ينقل الفروع شهادتهم شهادة الأصول عند القاضي، ويقع القضاء بشهادة الأصول القائلة في مجلس القاضي بنقل الفروع إياها في مجلس القاضي

ومن جملة ما عمل فيها بالقياس القصاص والحدود، حتى قلنا: لا تجوز الشهادة على الشهادة في القصاص والحدود، قال محمد في الكتاب: بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي، والمعنى فيه أن في الشهادة على الشهادة زيادة شبهة، إما لأن الخبر إذا تداولته الألسنة، تتمكن فيهما زيادة ونقصان، أو لأنه تمكن في الشهادة تهمة الكذب في موضعين، والحدود والقصاص لا تجب مع الشبهات.

١٥٠٦٦- وفي شهادات الأصل: لو شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضي

كذا ضرب فلاناً حداً في قذف ، فهو جائز ، وذكر في ديات الأصل : أنه لا يجوز ، وجه ما ذكر في الشهادات أن الشهادة على الشهادة قامت على استيفاء الحد ، لا على إيجابه ، واستيفاء الحد يثبت بالشهادة على الشهادة إنما لا يثبت الإيجاب .

وإذا قلنا : إنه قامت على استيفاء الحد ؛ لأنهم شهدوا أنه حده حد القذف ، وحد القذف يثبت بالجلد ، ورد الشهادة والجلد قد استوفى ، ورد الشهادة يستوفى فيما مضى ، إذا لم يستوف إنما لم يستوف في المستقبل ، فكان المستوفى أكثر ، وعلى رواية الديات : اعتبر ما يستقبل من المدة ، وفيما يستقبل من المدة رد الشهادة لم يستوف بعد ، فيكون شهادة على إيجاب الحد بهذا القدر ، والشهادة على الشهادة لا تقبل في إيجاب الحد ، قل أو كثر ، ولا يثبت شهادة الأصليين عند القاضي ما لم يشهد على شهادة كل واحد منهما اثنان من الفروع .

١٥٠٦٧ وقال مالك : إذا شهد على شهادة كل أصل فرع واحد كفاه ، والكلام بيننا وبينه في هذه المسألة فرع مسألة أخرى بيننا وبينه أن الفرعين إذا سمعا شهادة الأصليين بحق من الحقوق ، وهما عدلان ، هل يحل للفرعين أن يشهدا بأصل الحق؟ فيقولان : نشهد أن لفلان على فلان كذا ، ولا ينقلان شهادة الأصل ، فعلى قول علمائنا : لا يحل لهما ذلك ، بل ينقلان شهادة الأصليين ، وعلى قول مالك : يحل لهما أن يشهدا بأصل الحق ، ويقضي القاضي بشهادتهما ، وإذا كان على قوله ، يقضي بشهادة الفرعين بأصل المال ، فلأن يقضي بشهادتهما ، وقد شهد كل واحد بشهادة الأصل أولى .

وعلماؤنا الفرع لا يشهد على أصل الحق ، ولكن ينقل شهادة الأصل إلى مجلس القاضي ، ونقل الشهادة إلى مجلس القاضي لا يثبت إلا بشهادة المثنى ، كنقل الإقرار ونقل البيع وسائر التصرفات .

وجه قوله في تلك المسألة : إن شهادة العدلين في إفادة العلم بمنزلة معاينة سبب أصل الحق والإقرار به ، ألا يرى إلى ما ذكر في كتاب الاستحسان : إذا شهد عند المرأة عدلان أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فإنه لا يحل لها أن تمكن نفسها من زوجها ، كما لو سمعت الطلاق من زوجها ، أو أقر الزوج أنه طلقها ثلاثاً ، ولو عاين الفرعان سبب

الحق؛ أو إقرار من عليه الحق، حتى تتم الشهادة بأصل الحق، فكذا هذا.

وعلماؤنا احتجوا في هذه المسألة بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، ولم ينقل عن غيره خلافه، واحتجوا في تلك المسألة.

وقال: القياس أن لا تكون الشهادة حجة، وإنما جعل حجة شرعاً إذا اتصل بها قضاء القاضي، فما دون اتصال القضاء لا يكون حجة، فلا يصير العلم بأصل الحق، فلا تحل له الشهادة بأصل الحق، وليس كمسألة الطلاق؛ لأن في الطلاق حق الله تعالى من تحريم الفرج، ولهذا قبلت الشهادة عليه من غير دعوى، وحق الله تعالى يثبت بقول شاهد واحد، إذا كان عدلاً بلفظ الخبر من غير قضاء قاض، كما في حرمة الأكل، فإنها تثبت بقول الواحد العدل حتى إن عدلاً لو أخبر أن هذا اللحم متروك التسمية، أو ذبيحة مجوسي يحرم تناوله؛ لأن حرمة الأكل من حق الله تعالى؛ لأن في الطلاق[1] حق العبد أيضاً، وهو إزالة ملك النكاح، فأثبتنا ما هو حق الله تعالى وهو الحرمة بنفس الشهادة قبل القضاء، ولم يثبت ما هو حق العبد ما لم يتصل القضاء بالشهادة.

١٥٠٦٨ - ولو شهد فرعان على شهادة أصلين جاز؛ لأن شهادة كل أصل يثبت بشهادة الشاهدين، ولو شهد رجل بأصل الحق، ثم شهد هو مع فرع على شهادة أصل آخر، فالقياس أن يقضي بهذه الشهادة؛ لأن شهادة الأصل الغائب قد ثبتت بشهادة الفرعين، فكأن الأصل الغائب حضر بنفسه، وشهد مع هذا الأصل الآخر.

وفي الاستحسان: لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن شهادة الأصل الغائب لم تثبت عند القاضي، فكأنه شهد عنده أصل واحد، ولو كان كذلك، لا يقضي بالمال، فكذا هذا، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة؛ لأنه لو قبل أدى إلى أن يثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، نصف الحق بشهادته، وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة الغائب، ولا يجوز أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق، كما لا يجوز أن يثبت به أصل الحق، وإذا لم يعمل شهادته على شهادة الأصل الغائب بقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد، والشاهد الواحد لا يثبت شهادة

---

(١) وفي ف: إلا أن الطلاق.

الحق، فقد ثبت له ولاية على المشهود عليه، فإذا نقل الفرع من غير أمره لو صح النقل، زال ما ثبت له من الولاية على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه، ومثل هذا الاعتبار لا يصح إلا بأمره، كما قالوا في الأجنبي: إذا زوّج ولية إنسان بغير أمره، فإنه لا يجوز، وإن تضمن حقاً عليه، وله في ذلك منفعة؛ لأنه مضرة من وجه، فإن فيه إبطال ولايته عن وليته من نفاذ عقده، وفي هذا ضرر عليه؛ لأنه إبطال حق عليه، فاحتيج إلى الأمر من جهته، فكذا هنا احتيج إلى الأمر من جهته ليصح التحمل، وهذا المعنى لا يأتي في فصل القضاء، فلا يحتاج إلى الأمر.

١٥٠٧١ ولو قال رجلان لرجلين: نشهد أن لفلان على فلان ألف درهم، فاشهدا على شهادتنا بذلك، فسمع هذه المقالة رجلان آخران، لم يسعهما أن يشهدا على شهادتهما؛ لما ذكرنا أن الفرع بمنزلة الوكيل، ولا وكالة بدون التوكيل، ولا توكيل في حق الآخرين.

قد ذكرنا أن من سمع قاضياً يقول لرجل: قضيت عليك لهذا الرجل ألف درهم، وسعه أن يشهد على قضائه، ولو بيّنا للقاضي، فقالا: سمعنا قاضي كذا، قال: قضيت عليك لهذا الرجل بكذا، ولكن لم يشهدنا على قضائه، لا يوجب ذلك خللاً في شهادتهما.

فرق بين هذا وبينما إذا رأى عيناً في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك، حل له أن يشهد له بالملك الظاهر يده، ولو بيّنا ذلك للقاضي أنهما شهدا بالملك له؛ لأنهما رأياه في يده، لا تقبل شهادتهما.

والفرق: إن قضاء القاضي حجة بنفس كلماته، فقد أخبرا عن معاينة ما هو حجة، فلا يوجب خللاً في الشهادة، كما لو أخبرا عن معاينة الإقرار والبيع، وأما اليد فليس بدليل على الملك يقيناً، إنما ذاك دليل بنوع ظاهر مع الاحتمال، ولكن مع هذا جاز للشاهد أن يعتمد على ذلك الظاهر للشهادة عند عدم المنازع؛ ضرورة أنه لا دليل للشاهد سوى ذلك، ولا ضرورة في حق القاضي أن يعتمد على هذا الظاهر؛ لأن في حقه دليلاً آخر أقوى، وهو الشهادة بالملك مطلقاً، كيف وأن القاضي لم يعتمد على هذا الظاهر، وإنما يعتمد عليه عند وجود المنازع؛ لأن الشهادة إنما يحتاج إليها عند وجود

وحكي أن فقهاء زمان أبي جعفر كتبوا بعدالة رجل وأباه أبو جعفر في ذلك. وكان ابن يشترط زيادة تطويل في أداء الشهادة، فأخرج الرواية من السير، فانقادوا لذلك، فلو اعتمد أحد على هذا كان في سعة من ذلك، وهو أسهل وأيسر.

وعن أبي القاسم الصفار، أنه قال: لا بد للفرع أن يقول: أمرني فلان أن أشهد على شهادته.

١٥١٧٢ - وإذا قال رجلان لرجلين: اشهدا أنا سمعنا فلاناً يقر لفلان بألف درهم، فاشهدا بذلك، كان باطلاً؛ لأنه إما أن يحمل المشهود به المال، بقوله: ذلك إشارة إلى المال، وأنه باطل؛ لأن قبل نقل الشهادة إلى مجلس القاضي، لم تكن شهادة الأصول موجبة للعلم، فكيف يشهد الفرع على المال؟ وإما أن يحمل المشهود به شهادة الأصول.

وقوله: ذلك إشارة إلى شهادة الأصول، وأنه باطل أيضاً؛ لأن شهادة الأصول لا تصح مشهوداً بها، فالأمر بين جهة البطلان فيه.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا بذلك، لأنه تنصيص على أن الأصل مشهود عليه، وقوله بذلك: إن كان إشارة إلى المال، فيكون هذا أمراً بالشهادة بالمال على الأصل، وأنه لا يجوز، وإن كان إشارة إلى شهادة الأصل، فهي لا تصح مشهوداً بها، فكان باطلاً.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان؛ لأنهما جعلا أنفسهما مشهوداً عليهما بشهادة الفروع، وأنه باطل؛ لأنه بخلاف اللفظ المنصوص، وهذا لما ذكرنا أن القياس يأبى جواز الشهادة على الشهادة، لكن تركنا القياس بالأثر وتعامل الناس، فيراعى فيه اللفظ الذي ورد به الأثر، وجرى به التعامل، وهو لفظ الشهادة على الشهادة.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا بما شهدنا به؛ لأنه إن حمل المشهود به المال، فهو باطل لما قلنا، وكذلك إن جعل المشهود به الشهادة؛ لأنها لا تصلح مشهوداً بها.

وكذلك إذا قالا: فاشهدوا علينا بما شهدنا به، أو بما أشهدناكما به؛ لأنه تنصيص على أن الأصل مشهود عليه، وأنه باطل.

وكذلك إذا قالا: فاشهدا أن شهادتنا عليه بذلك؛ لأنه غير تام، فيحتمل أن يكون تأويله شهادتنا عليه بذلك حق، ويحتمل أنها باطل، وعلى قولها لو جهين لا يجوز؛ لأنه لم يوجد إشهادهما، وتحميلهما الشهادة بذلك.

وكذلك إذا قال الأصلان: نشهد أن لفلان على فلان كذا، فاشهدا أنا نشهد بذلك، أو قالا: فاشهدا علينا أنا نشهد بذلك لفلان على فلان، كان ذلك باطلا؛ لأن قول الأصلين: فاشهدا أنا نشهد بذلك عليه يحتمل الاستقبال، يعني اشهدا أنا نشهد في الزمان الثاني بذلك، فيكون هذا أمراً بالشهادة أنهما يشهدان، لا أن يكون هذا إشهادا على الشهادة، وقال أبو يوسف في الإملاء: في ذلك

ووجهه أن المقصود من هذه الشهادة على الشهادة، فلو اعتبرنا المقصود يصح تصرفهما، ولو اعتبرنا الحقيقة يبطل تصرفهما، وكلام العاقل محمول على الصحة [ما أمكن](١).

١٥٠٧٣- وإذا قال الأصلان للفرعين: اشهدا أن فلانا أشهدنا أن لفلان عليه كذا، فاشهدا على شهادتنا بذلك، فشهد الفرعان ما وصفت لك، وقد غاب الأصلان، فشهادة الفرعين جائزة؛ لأنه أتى باللفظ المنصوص الوارد في باب الشهادة على الشهادة؛ لأن قوله على شهادتنا ليس الشهادة عليه، كما تقول: شهد على إقراره، وما أشبه ذلك، وصورة الشهادة على الشهادة: ونظيرها ليس إلا هذا.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا قال الفرع: أشهد أن فلانا أشهدني أنه يشهد بكذا، أو قال: أشهدني فلان أنه يشهد بكذا، فهذا باطل؛ لانعدام اللفظ المنصوص الوارد في باب الشهادة على الشهادة.

١٥٠٧٤- قال الخصاف في أدب القاضي: وإذا شهد الرجلان عند القاضي على شهادة رجل، ووصفا الشهادة، فينبغي للقاضي أن يسألهما عن عدالة الذي شهدا على شهادته، ولم يشترط محمد في المبسوط هذا، وعن أن يسألهما القاضي عن عدالة الأصول، وإن عرفه هو من جهة أخرى ...، وهذا لأن القاضي إنما يقضي بشهادة الفروع إذا كان الأصل عدلا، أما إذا لم يكن، فلا، فيجب على القاضي أن يسأل عن ذلك.

---

(١) زيد من: ب.

حتى يعرف أ يجوز به القضاء بشهادة الفرع ، فيلتفت إليه ، أو لا يجوز فلا يلتفت إليه ؛ فإن قالا : هم عدول أثبت ذلك في موضع شهادتهما في المحضر ، فإن كان القاضي لا يعرفهما بالعدالة : يعني الفرعين ، سأل عنهما ، فإن عدلا تثبت عدالة الأصل أيضاً ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية .

وروي عن محمد أن تعديلهما للأصل لا يكون صحيحاً ، وهكذا روي عن أبي يوسف ؛ لأن الفرع نائب عن الأصل ، فتعديله الأصل يكون بمنزلة تعديل الأصل نفسه ، والأصل لو عدل نفسه ، لا يكون هذا التعديل صحيحاً ، فكذلك الفرع إذا عدله لا يعتبر .

وجه ظاهر الرواية : أن الفرع نائب عن الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي ، فكما نقل عبارته إلى مجلس القاضي ، فقد انتهى حكم الإنابة ، وصار هو بمنزلة سائر الأجانب ، فكما أن التعديل من سائر الأجانب يكون صحيحاً ، فكذلك التعديل من الفرع ينبغي أن يكون معتبراً ، وهذا لأن الشهادة على الشهادة إنما يعرف بقول الفروع ، فأما القاضي لا يعرف الأصول ، وربما لا يظهر من يعرف الأصول ؛ لأن الشهادة على الشهادة غالباً إنما يكون من بلدة إلى بلدة ، فلو لم يعتبر تعديل الفروع يؤدي إلى تعطيل الحقوق ، وإنه جعل الشهادة على الشهادة حجة صيانة لحقوق الناس عن التعطيل ، وهذا المعنى يقتضي اعتبار تعديل الفروع .

فإن قالوا : هم ليسوا بعدول ، فالقاضي لا يقضي بشهادتهما ، وإن قالا : لا نعرفه ، ذكر الخصاف : أن القاضي لا يسمع شهادتهما ، وكذلك إذا قالا : لا نخبرك ؛ لأنهما لما أحملا شهادتهما ، ولم يعدلا الأصول ، فكأنهما لم يصدقاهم فيما شهدوا به ؛ لأن دليل الصدق العدالة ، فصارا كأنهما قالا : إنا نتهمهما في الشهادة ، ولو قالا : هكذا ، فالقاضي لا يقبل شهادتهما ، فكذلك هنا .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني : أن القاضي يقبل شهادتهما ، ويسأل عن الأصل ، وهكذا روي عن أبي يوسف ، وهو الصحيح ؛ لأن الأصل بقي مستوراً

وينبغي أن يذكر الفرع اسم الشاهد الأصل واسم أبيه وجده ، ذكر القاضي الإمام أبو علي النسفي في شرحه : وإذا قضى القاضي بشهادة الفروع ، يجب أن يكتب في

التحمل، فالأصل أهل للشهادة والإشهاد، فصحّ منه التحمل، وإن نظرنا إلى حالة الأداء، فالأصل أهل للشهادة، تقبل شهادته. وكذلك إن شهد على شهادة رجل بعد ما تاب، جازت لصحة الإشهاد باعتبار أهلية الأداء للأصل حالة الإشهاد.

وإن شهد رجلان على شهادتهما وهما عدلان، يعني الفرعين، ثم صارا فاسقين، ثم صارا عدلين، فشهدا أو أشهدا على شهادتهما، فهو جائز؛ لأن تأثير الفسق في رد الشهادة مع صحتها لا في بطلان الشهادة.

١٥٠٧٩- وإن شهد الفرعان عند القاضي، ورد القاضي شهادتهما لتهمة في الأولين، لا يقبلهما بعد ذلك، لا من الأولين، ولا عن يشهد على شهادتهما؛ لأن الفرعين ينقلان شهادة الأصلين، فصار كما لو حضر، أو شهد، أو رد القاضي شهادتهما لتهمة الفسق، وهناك لا تقبل منهما تلك الشهادة بعد ذلك، وإن تابا، كذا ههنا، وإن كان رد شهادة الآخرين لتهمة فيهما، فشهادة الأولين جائزة، إذا كانا عدلين، وكذلك إن أشهدا رجلين عدلين آخرين، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق، إن في هذه المسألة القاضي أبطل نقل الفرعين لأجل فسقهما، أما ما أبطل شهادة الأصلين؛ لأن شهادة الأصلين لم تصر منقولة إلى مجلسه بنقل الفاسقين، فجازت شهادة الأصل بنفسه، وكذلك جاز له أن يشهد غيره على شهادة نفسه، أما في المسألة الأولى النقل ثبت بشهادة فرعين؛ لأنهما عدلان من أهل الشهادة، وقد أبطل القاضي المنقول لفسق الأصلين، فلا يقبلها بعد ذلك أصلا.

١٥٠٨٠- قال في كتاب الوكالة: إذا أشهد الفاسقان على شهادتهما لم تجز؛ لأن أداء الشهادة عند الفرعين كأدائهما عند القاضي، ثم فسق الشاهد يمنع القاضي عن العمل بشهادته، فكذا فسق الأصلين يمنع الفرعين عن نقل شهادتهما، فإن تابا وأصلحا وشهدا بأنفسهما جاز، وكذلك لو أشهد على شهادتهما ذلك الشاهدان أو غيرهما جاز.

١٥٠٨١- ولو أن شاهدي الأصل ارتدا ثم أسلما، لم تجز شهادة الفرعين على شهادتهما، ولو شهد الأصلان بأنفسهما بعد ما أسلما، تقبل شهادتهما، والفرق: إن بالردة لا يبطل أصل شهادة الأصلين؛ لأن سببها المعاينة، وذلك لا ينعدم بالردة، ألا

وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الأصلين لو رجعا عن شهادتهما بأن أقرا أنهما أشهداهما بباطل، لا ضمان عليهما عندهما، فها هنا أحق، وإنما يشكل على قول محمد؛ لأن عنده لو رجع الأصلان عن شهادتهما ضمنا عنده؛ لأن شهادة الأصلين صارت منقولة إلى مجلس القضاء بشهادة الفرعين، فكأنهما شهدا بأنفسهما، ثم رجعا حتى حمل بعض مشايخنا أن قول محمد محمول على ما إذا أنكر الأصلان الشهادة، ولم يظهر المشهود بقتله حيًا.

وبعضهم قالوا: لا بل قول محمد في الكل واحد، والعذر لمحمد أن شهادة الأصلين إنما تصير منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة؛ لأنها موجودة في غير مجلس القضاء، والشهادة في غير مجلس القضاء لا يكون سببًا للضمان، وإن ظهر كذب الشهود في الشهادة، فاعتبرنا الحكم حالة رجوع الأصلين، واعتبرنا الحقيقة متى أنكر الأصلان الشهادة، ولم يرجعا عن شهادتهما عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

١٥٠٨٤ - وإن قال الأصول: قد أشهدناهما بباطل، ونحن نعلم يومئذ أنا كنا كاذبين، لم يضمن شيئًا في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف، وعند محمد: العاقلة بالخيار إن شاؤوا ضمنوا الأصول، وإن شاؤوا ضمنوا الولي، فإن ضمنوا الأصلين رجعا على الولي، وإن ضمنوا الولي، لم يرجع على الأصلين.

وجه قول محمد: إن شهادة الأصلين منقولة إلى مجلس القضاء حكمًا لا حقيقة، فعملنا بالحقيقة، والحكم على الوجه الذي مرّ، وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا: القياس يأبى قبول الشهادة على الشهادة؛ لأن المنقول إلى مجلس القضاء شهادة الأصلين في غير مجلس القضاء، والشهادة في غير مجلس القضاء ليس بحجة، والقضاء بما ليس بحجة لا يجوز، ولكن تركنا القياس، وجوّزنا القضاء به، وجعلنا شهادة الأصلين كالموجودة في مجلس القضاء، ففي حق إيجاب الضمان بعد الرجوع يبقى على أصل القياس.

١٥٠٨٥ - في المنتقى: إذا قال الفروع: لا نعرف المشهود عليه بالحق، قبلت شهادتهم؛ يريد به إذا قال الفروع: أشهدنا الأصول على شهادتهم لفلان ابن فلان على

فلان ابن فلان بكذا، إلا أنا لا نعرف فلان بن فلان المشهود عليه بكذا، فالقاضي يقبل الشهادة، ويأمر المدعي أن يقيم بينة أن الذي أحضره فلان ابن فلان.

١٥٢٨٦ - هذا هو الكلام في الشهادة على الشهادة، فأما الشهادة على الشهادة على الشهادة فقد ذكر محمد في "الجامع" مسألة تدل على أنها مقبولة، وصورة تلك المسألة: رجل ادّعى على رجل ألف درهم، وجاء بشهود ثلاثة، شهد واحد منهم على شهادة شاهدين على شهادة ثلاثة نفر، أنهم شهدوا على إقرار المدعى عليه بألف درهم، وشهد واحد من الثلاثة على شهادة أحد الشاهدين بعينه على شهادة الثلاثة الذين هم شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف، وشهد واحد آخر من الثلاثة على شهادة واحد من الثلاثة الذين هم أصول بعينه، فالقاضي لا يقطع بهذه الشهادة حق.

واعلم بأن هذه المسألة من المسائل التي إذا ظهرت الرواية فيها ظهرت المكنة، وإنما تظهر الرواية فيها إذا سمّيت الأصول الثلاثة على أصل الحق، وسمّينا الفرعين اللذين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة على أصل الحق، فنقول: أسماء الأصول الثلاثة على أصل الحق: عبد الله، ومحمد، وصالح، واسم الفرعين اللذين يشهدان على شهادة الأصول الثلاثة زيد وعمرو، وحضر مجلس الحكم ثلاثة، شهد واحد من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد وعمرو على شهادة محمد وعبد الله وصالح، وشهد آخر من الذين حضروا مجلس الحكم على شهادة زيد بعينه على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فثبت بشهادتهما شهادة زيد، فكأن زيداً، وهو أحد الفرعين حضر بنفسه، وشهد على شهادة محمد وعبد الله وصالح، فإذا شهد واحد من الثلاثة الذين حضروا مجلس القضاء على شهادة واحد من الأصول بعينه، وهو صالح مثلاً، فقد ثبت شهادة صالح؛ لأنه شهد على شهادته اثنان، زيد والذي شهد على شهادته من الذين حضروا مجلس الحكم، أما لم يثبت شهادة محمد وعبد الله؛ لأنه لم يثبت على شهادتهما إلا شهادة شاهد واحد، وهو أحد الفرعين زيد، فلم يثبت بهذه الشهادات من شهادة الأصول إلا شهادة واحد، وهو صالح، وشهادة الواحد لا يقطع الحكم فلا يقضي القاضي للمدعي بشيء ما لم يحضر محمد أو عبد الله مجلس الحكم، ويشهد بنفسه، أو يشهد شاهد آخر على شهادة عمرو، وهو أحد الفرعين على شهادة الأصول الثلاثة

ليثبت شهادة عمرو ، بشهادة شاهدين . ويصير كأن عمراً بنفسه حضر مجلس الحاكم ، شهود على شهادة محمد وعبد الله وصالح . فثبت شهادة محمد وعبد الله وصالح بشهادة شاهدين ، وهما زيد وعمرو ، فهذه المسألة تدل على أن الشهادة على الشهادة مقبولة . والله أعلم .

الفصل العاشر
في شهادة الشهود بعضهم لبعض

١٥٠٨٧ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في رجل مات، ولا يُعرف له ولد، فجاء أربعة نفر يشهد كل اثنين منهم للآخرين أن الميت أوصى لهما بثلث ماله، أو شهد كل اثنين منهم للآخرين أنهما ابنا الميت، والمشهود لهما يصدقهما في الوصية لهما، وفي أنهما أبناء الميت، أو يكذبهما، لا تقبل شهادتهما. أما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوصية بالثلث، فلأنهما يثبتان الشركة؛ لأن الوصية تعلق التركة حتى إذا أراد الوارث أن يعطي الوصية من غير التركة، ويستخلص التركة لنفسه، لا يملك، وإذا كان من حكم الوصيين اشتراكهما كانت شهادة كل فريق شهادة لنفسه من وجه، وأما شهادة كل فريق للفريق الآخر بالوراثة؛ لأن الورثة يشتركون في التركة، فكانت هذه شهادة لنفسه أيضاً.

١٥٠٨٨ - وفيه أيضاً عن محمد: في شاهدين شهدا على رجل لرجلين بألف درهم، وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بدين ألف درهم، والمشهود عليه حي، فشهادتهما جائزة؛ لأن الدين يجب في ذمة الحي غير متعلق بماله، فلم يتحقق الشركة بينهما، ولهذا لا يشارك بعضهم بعضاً فيما قبض، فانعدم معنى التهمة، فقبلت شهادتهما، ولو كان المشهود عليه ميتاً، لا تقبل هذه الشهادة، وقال محمد: هي عندي جائزة، هكذا ذكر ابن سماعة، وقد ذكر محمد أولاً: أن شهادة الفريقين على الميت غير مقبولة، وقال بعد ذلك: وهي عندي جائزة إشارة إلى أن ما ذكر أولاً قول غيره، ولم يذكر أنه قول من؟

وقد ذكر الخصاف: أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تقبل هذه الشهادة، وهكذا ذكر بشر في "الأمالي"، وذكر في "الجامع الصغير": أن على قول أبي حنيفة ومحمد: يقبل هذه الشهادة، هكذا ذكر في وصايا "المبسوط"، وجه الرواية التي قال: إن الشهادة باطلة ما ذكرنا أن الدين بعد الموت يحل التركة، وتصير التركة مشتركة بين

بعض ما مضى، ألا ترى أن الدين إذا كان مستغرقاً فإذا قبض أحد الغرماء شيئاً، كان للباقي حق المشاركة، وقد شهدا بما لهم فيه شركة.

وجه رواية محمد: أن الدين حالة الحياة يجب في الذمة، وبعد الموت لا يتحول إلى التركة بمعنى أن التركة تصير مستحقة به، ألا ترى أن الوارث لو أراد أن يقضي الدين من ماله، ويستخلص التركة لنفسه، كان له ذلك، فكانت هذه شهادة بما لا شركة لهما فيه، فتقبل.

وروى الخصاف عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنهم إذا جاؤوا معاً، لا تقبل شهادتهم، وإن جاؤوا متفرقين تقبل؛ لأنهم إذا جاؤوا مجتمعين، فقد تمكنت تهمة المواضعة، بتيسير كأن كل فريق يقول للفريق الآخر: اشهدوا لنا على أن نشهد لكم، فيتمكن التهمة، فيمنع قبول الشهادة.

فأما إذا جاؤوا متفرقين تنفى التهمة، ولا يتمكن، فلا تمنع قبول الشهادة. ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه، ولكن ادعى رجلان داراً أو عبداً أو عرضاً من العروض في يدي ورثة الميت أن الميت غصب ذلك، وشهد لهما شاهدان بذلك، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم، فإن الشهادة كلها جائزة، كذا ذكره الخصاف، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها؛ لأن تهمة الشركة لا تتأتى ههنا.

وكذلك لو لم يدعيا الغصب، ولكن ادعيا الشراء من الميت، ونقد الثمن، كان الجواب كما قلنا في دعوى الغصب، لأن ما باعه الميت في حياته لا يكون تركة له، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك العين، فلا يتأتى تهمة الشركة، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها

١٥٠٨٩ - وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين عبداً، وادعى الفريق الآخر عبداً آخر تقبل شهادتهم. وهذا أيضاً يجب أن يكون على الروايات كلها.

وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين الوصية بعبد بعينه، وادعى الفريق الآخر الوصية بعبد آخر بعينه، تقبل شهادتهم باتفاق الروايات.

١٥٠٩٠ - وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين الوصية بعبد بعينه، وادعى الفريق الآخر الوصية بعين أخرى، قبلت شهادتهم بالاتفاق

١٥٠٩١ - ولو ادّعى أحدهما الوصية بالثلث، وادّعى الآخر الوصية بعبد بعينه، أو بعينه آخر، لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن صاحب الثلث يشارك في العبد، فتمكن تهمة الشركة وفي المسألة إشكال.

١٥٠٩٢ - وكذلك لو ادّعى أحدهما الوصية بالثلث، وادّعى الآخر الوصية بالسدس لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن تهمة الشركة تأتي ههنا.

وفي كل موضع لا يقبل شهادة الفريقين، لا يقبل شهادة أبيهما وابنيهما ونسوتهما مع رجل آخر، وفي كل موضع تقبل شهادتهم، تقبل شهادة أبيهما وابنيهما وامرأتيهما مع رجل.

١٥٠٩٣ - وعن أبي يوسف: إذا وقعت الشركة في المشهود به: لا تقبل شهادتهما، وإذا لم يقع في المشهود به شركة، فإن كان القاضي يعرفهم بالعدالة قبل شهادتهما، وإن لم يعرفهما بالعدالة أو شك في أمرهما، لا يقبل شهادتهما؛ لأن كل فريق يجر النفع إلى الآخر، فتتمكن تهمة المواضعة، فيتفحّص القاضي في حالهما، ولا تقبل شهادتهما حتى يظهر عنده عدالتهما.

وهو نظير ما رُوي عن أبي يوسف فيمن ادّعى عيناً في يد إنسان، فقال ذو اليد: إنه لفلان أودعنيها، وأقام البينة على ذلك، لا يندفع عنه الخصومة إن كان معروفاً بالحيل والأباطيل، وإن كان معروفاً بالعدالة والأمانة، تندفع عنه الخصومة، فما رُوي عنه هنا مستقيم على أصله، ولو شهد أحد الفريقين لصاحبه بالدراهم، وشهد الآخر بالدنانير، تقبل شهادة الفريقين، ذكره البقالي.

١٥٠٩٤ - وفي «المنتقى»: رجل في يديه دار مات، جاء أربعة رجال، وادّعى رجلان منهم نصف الدار شائعاً أنهما اشترياه من الميت، وشهد لهما الآخران بذلك، ثم ادّعى الآخران أنهما اشتريا النصف الباقي من الميت، وشهد لهما المدعيان الأولان، فإن شهادتهم باطلة؛ لأنهم يصيرون شركاء في الدار.

وكذلك إن كان القاضي قد قضى للأولين، ثم ادّعى الآخران، وشهد لهما الأولان، فإني أبطل القضاء كله.

وإن كانت الشهادة على نصف دار مقسومة لهذين، وعلى نصف دار مقسومة

قال . وإنما هذا بمنزلة ثلاثة نفر لهم على رجل ألف درهم ، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه أبرأ الغريم عن حصته ، إن شهدا قبل أن يقبضا شيئاً من المال ، قبلت شهادتهما ، وإن شهدا بعد ما قبضا شيئاً من المال ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأن بعد القبض بشهادتهما يريدان إبطال حق المشاركة على الشريك فيما قبضا ، ولا كذلك قبل القبض ، فكذا ههنا .

الفصل الحادي عشر
في شهادة أهل الكفر والشهادة عليهم

١٥٠٩٨- شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة، اتفقت مللهم أو اختلفت، وكذلك شهادة أهل الذمة على المستأمنين مقبولة، وشهادة المستأمنين على أهل الذمة لا تقبل، وشهادة المستأمنين بعضهم على بعض مقبولة إن كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوا من أهل دارين مختلفين، كالروم والترك، لا تقبل.

١٥٠٩٩- وأما شهادة المرتد والمرتدة فلا ذكر لها في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: تقبل على الكفار، وقال بعضهم: تقبل على مرتد مثله، والأصح أنها لا تقبل على كل حال، وعن أبي يوسف: أنه قال: لا أجيز شهادة اليهودي والنصراني وغيرهما من أهل الذمة إذا سكروا؛ لأن السكر حرام في الأديان كلها، فيوجب سقوط العدالة.

١٥١٠٠- وإذا شهد شاهدان من أهل الكفر على شهادة شاهدين من أهل الإسلام على كافر لا تقبل شهادتهما؛ لأنها شهادة كافر قامت على إثبات أمر على المسلم؛ لأنها قامت على إثبات شهادة المسلم، فلا تقبل قياساً على ما لو شهدا على المسلم بمال.

وكذلك إذا شهدا على قضاء قاض من قضاة المسلمين لكافر على كافر، لا تقبل شهادتهما؛ لأنها قامت على إثبات أمر على المسلم؛ لأنها قامت على القاضي بإثبات قضائه.

وهذا بخلاف ما لو شهدا على كافر بمال، فإنه تقبل شهادتهما، وإن كان فيه إيجاب القضاء على القاضي المسلم، وذلك لأن إيجاب القضاء على القاضي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصاً ولا اقتضاء، أما نصاً فلا شك، وأما اقتضاء فلأن المقتضى ما يثبت ضرورة المنصوص عليه، ولا ضرورة للمنصوص عليه، وهو الوجوب على

المشهود عليه إلى وجوب القضاء بذلك على هذا القاضي المعيّن ؛ لأنه مما ينفك عنه في الجملة بأن لا يكون قاضياً ، والمقتضي إنما يثبت ضرورة المنصوص عليه إذا كان لا ينفك عنه بحال ، فهو معنى قولنا : إن وجوب القضاء على القاضي غير مضاف إلى شهادتهما ، لا نصاً ولا اقتضاء ، فلا يمنع قبول شهادتهما .

أما هاهنا شهدا على إثبات أمر على المسلم نصاً ، ومثل هذه الشهادة لا تقبل ، ونظير هذا ما قال محمد : في كافر مات وأوصى إلى مسلم ، فشهد كافران بدين على الميت ، فإن القاضي يقبل شهادتهما ، وإن كان قبل هذه الشهادة يجب قضاء الدين على الوصي ، وهو مسلم ؛ لأن وجوب قضاء الدين على هذا الوصي غير مضاف إلى شهادتهما لا نصاً ، وهذا ظاهر ، ولا مقتضي وجوب الدين على الميت ؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على الميت وجوب القضاء على هذا الوصي ، فإنه لو لم يكن هو وصياً ، لا يجب عليه قضاء الدين ، فلم يمنع قبول الشهادة ، كذا هاهنا .

١٥١٠٦ - قال : أمة في يدي كافر اشتراها من مسلم ، أو وهبها منه مسلم ، أو تصدق بها عليه مسلم ، ثم جاء كافر وادعى لنفسه ملكاً مطلقاً ، وأقام على ذلك شاهدين كافرين ، شهدا له بالملك المطلق ، قال أبو حنيفة ومحمد - وهو قول أبي يوسف أولاً - : لا تقبل هذه الشهادة أصلاً ، وقال أبو يوسف آخراً : تقبل هذه الشهادة ، ويقضى بها على المشتري خاصة ، ولا يقضى به على غيره ، حتى لا يكون للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن .

وجه قول أبي يوسف آخراً : إن هذه شهادة كافر قامت على كافر ، وهو المشتري ، باستحقاق الملك عليه ، وقامت على مسلم ، وهو البائع بالرجوع عليه بالثمن ، وأمكن العمل بها في حق الكافر ، فيقضى بها للكافر قياساً على ما لو شهد كافران على كافر ومسلم بألف درهم ، فإنه تقبل شهادتهما على الكافر ، ولا تقبل شهادتهما على المسلم ، وبيان إمكان القضاء بها في حق الكافر أن يقضى بالملك للمدعي بسبب جديد من جهة المدعى عليه ، وهذا لأن الشهود وإن شهدوا بالملك المطلق إلا أن الملك المطلق يحتمل الملك الحادث ، فيحتمل أن الشهود عاينوا سبب تملك جرى بينهما ، لكن لم يذكروا السبب في شهادتهما ، فيحمل على هذا الوجه تصحيحاً للشهادة بقدر الإمكان

ولهما: إن هذه شهادة كافر قامت على كافر ومسلم، وتعذر القضاء بها في حق الكافر، فلا تقبل أصلاً، قياساً على ما لو شهد كافران لكافر على كافر أن القاضي قضى لهذا على هذا بكذا، فإنه لا يقبل هذه الشهادة أصلاً، وإنما لا تقبل لما قلنا.

وبيان تعذر القضاء بها في حق الكافر أن الشهود شهدوا بالملك المطلق للمدعي، والشهادة بالملك المطلق شهادة بالملك من الأصل، ألا ترى أنه يستحق العين بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعاً، ولا يمكن القضاء بالملك في حق المشتري من الأصل، إلا بالقضاء بالملك من الأصل في حق البائع؛ لأنه ما بقي الملك للبائع، لا يكون الملك لهذا المدعي من الأصل

فإن قيل: الشهادة بالملك المطلق إنما تكون شهادة بالملك من الأصل إذا كانت الشهادة حجة للقضاء بالملك من الأصل، كشهادة المسلمين، أما إذا لم يكن حجة للقضاء بالملك من الأصل، يجعل شهادة بالملك الحادث بسبب حادث من جهة المدعى عليه، ألا ترى أن الإقرار بالملك المطلق جعل إقراراً بملك حادث، وإن كان الإقرار إخباراً في موضعه حتى صح بالخمر.

والجواب عنه: إن الإقرار يخالف الشهادة؛ لأن الإقرار بالملك المطلق فيما يقبل النقل من ملك إلى ملك جعل إقراراً بملك جديد من حيث الحكم؛ لأن المقر قال: هذا لفلان؛ لأني ملكته منه، ولهذا لا يستحق المقر له المقر به بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ولا يكون للمقر الرجوع على بائعه.

١٥١٠٢- ولو أن المقر نص على ملك جديد للمقر له بسبب جديد من جهته، يتعذر القضاء بالملك من الأصل، فكذا إذا جعل في الحكم هكذا، أما الشهادة بالملك المطلق جعل شهادة بالملك من الأصل من حيث الحكم، كأن الشهود قالوا: هذا ملك هذا المدعي من الأصل، حتى يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة، ويرجع المستحق عليه على بائعه بالثمن، ولو نص الشهود على هذا يتعذر القضاء بالملك الجديد بالسبب الجديد من جهة المستحق عليه، فكذا إذا جعل في الحكم هكذا.

١٥١٠٣- إذا مات الكافر وترك ابنين وترك ألفي درهم، فاقتسماهما بينهما، ثم أسلم أحدهما، ثم جاء كافر، وادعى لنفسه ديناً على الميت، وأقام على ذلك شاهدين

كافرين، قال في الكتاب: أجزت ذلك في حصة الكافر خاصة ؛ لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر دون المسلم، فيثبت الدين بهذه الشهادة في حق استحقاق نصيب الكافر، وإبطال يده عليه، لا في حق استحقاق نصيب المسلم، وإبطال يده عليه.

١٥١٠٤- إذا مات كافر، فجاء مسلم وكافر، وادّعى كل واحد منهما دينًا، وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر، قال في الكتاب: أجزت بينة المسلم، وأعطيت حقه، فإن بقي شيء، كان للكافر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن التركة يقسم بينهما على مقدار دينهما؛ لأن كل واحد منهما يثبت دينه على الميت، وما أقام كل واحد منهما حجة على الميت.

وجه ظاهر الرواية: أن دين المسلم يثبت في حق الميت، وفي حق الغريم الكافر، ودين الكافر يثبت في حق الميت، إما لم يثبت في حق الغريم المسلم؛ لأن حجة المسلم حجة على الميت والكافر، وحجة الكافر حجة على الميت، وليس بحجة على المسلم، والمزاحمة إنما يثبت عند المساواة، وإنما يثبت المساواة إذا ثبت دَين كل واحد من الغريمين في حق صاحبه، فهو بمنزلة الدين المقر به في حالة الصحة مع الدين المقر به في حالة المرض.

١٥١٠٥- مسلم له عبد كافر، أذن له بالبيع والشراء، فشهد عليه شاهدان كافران بشراء أو بيع جازت شهادتهما عليه؛ لأن هذه شهادة كافر قامت على إثبات أمر على الكافر.

فإن قيل: هذه الشهادة كما قامت على العبد قامت على المولى، فإنه يستحق مالية المولى حتى يثبت الدين على العبد المأذون والمولى.

قلنا: استحقاق مالية العبد غير مضاف إلى الشهادة لا نصًا، وأنه ظاهر ولا اقتضاء؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين على العبد بسبب البيع والشراء استحقاق مالية المولى، ألا ترى أن العبد لو كان محجورًا، واشترى لا يستحق به مالية المولى مع أن الثمن وجب عليه بالشراء حتى يؤاخذ به بعد العتق، وإذا لم يكن استحقاق مالية المولى مضافًا إلى شهادة الكافر، لا يمنع قبول شهادة الكافر بسببه، ولو كان المولى كافرًا، والعبد المأذون مسلمًا لا تقبل شهادة الكافر؛ لأن هذه شهادة كافر قامت على

يثبت أمر على المسلم نصًّا.

١٥١٠٦ - ولو أن كافرًا وكّل مسلمًا بشراء أو بيع ، لم أجز على الوكيل من البينة إلا مسلمين ، ولو أن مسلمًا وكّل كافرًا بذلك أجزت على الوكيل الشهود من أهل الكفر ، وهو يخرج على ما ذكرنا من المعنى في فصل العبد.

وفي النوادر : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا وكّل النصراني مسلمًا يبيع له ثوبًا أو يشتري له ثوبًا ، فشهد عليه نصرانيان بالبيع ، وهو يجحد فإن ذلك جائز.

١٥١٠٧ - وكذلك الشراء ، قال محمد في «الجامع» : نصراني مات وترك مائة درهم لا غير ، فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم ، وأقام مسلم ونصراني شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما ، يقضى للمسلم المنفرد بثلثي المائة ، ويقضى بثلث المائة بين الشريكين نصفان ؛ لأن النصراني الشريك أقام من ليس بحجة على المنفرد ؛ لأنه يتضرر به ، فبطلت بينة النصراني الشريك ، وإذا بطلت بينة النصراني الشريك ، بقي المسلم الشريك والمسلم المنفرد ، وكل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت دون صاحبه ، فتحاصّا ، فيضرب المسلم المنفرد بحقه ، وذلك مائة ، والمسلم الشريك بحقه ، وذلك خمسون ، فقسمت المائة بينهما أثلاثًا ، ثم النصراني الشريك يأخذ من شريكه المسلم نصف ما أخذ ، لتصادقهما أن الدين مشترك بينهما.

فإن قيل : أليس أن كل واحد من المسلمين يتضرر بشهادة شهود صاحبه وهم كفار ، فينبغي أن لا تقبل؟ قلنا : الضرر عليهما في امتناع القبول فوق الضرر عليهما في القبول ، فإن عند قبول الشهادتين يصل إلى كل واحد من المسلمين بعض حقه ، وعند عدم القبول لا يصل إليهم شيء ، وعند التعارض يتحمل الأدنى لدفع الأعلى.

ولو كان مكان المسلم المنفرد نصرانيًا منفردًا ، وباقي المسألة بحالها ، فالتركة تقسم بينهم أثلاثًا ، لكل واحد الثلث ؛ لأن بينة النصراني المنفرد غير مقبولة على المسلم الشريك لما مرّ ، وبينة المسلم الشريك حجة في حق النصراني المنفرد ، فيأخذ المسلم الشريك حقه ، وذلك خمسون ، بقي من التركة خمسون ، وقد تنازع فيه نصرانيان ، وأقام كل واحد ما هو حجة على صاحبه ، إلا أن حق النصراني المنفرد في المائة ، وحق النصراني الشريك في خمسين ، فيقسم الخمسون بينهما أثلاثًا ، ثلثاه للنصراني المنفرد ،

وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث، وثلثه للنصراني الشريك، وذلك ستة عشر وثلثان، ثم ما في يد النصراني الشريك يضم إلى ما في يد شريكه المسلم، فيصير ستة وستين وثلثين، يقسم بينهما نصفين أيضاً؛ لتصادقهما على الشركة، فيصيب(١) كل واحد في الحاصل ثلث المائة، فلهذا قال: يقسم المائة بينهم أثلاثاً.

١٦٦٠٨ - ولو كان شهود الشريكين مسلمين، وشهود النصراني المنفرد نصرانيين، وباقي المسألة بحالها، كان هذا والأول سواء؛ لأن المسلم الشريك أقام ما هو حجة في حق النصراني المنفرد، والنصراني المنفرد أقام ما ليس بحجة في حق المسلم الشريك، فبطلت بينة النصراني المنفرد في حق المسلم، فيأخذ المسلم حقه، وذلك خمسون، بقي من التركة خمسون، وقد تنازع فيه نصرانيان، وأقام كل واحد ما هو حجة على صاحبه، فيقسم بينهما على قدر حقوقهما أثلاثاً، ثم الباقي إلى آخر ما ذكرنا في هذا.

فإن كان شهود النصراني المنفرد مسلمين، وشهود الشريكين نصارى، وباقي المسألة بحالها، يقضى للنصراني المنفرد بنصف المائة، ويقضى بالنصف الآخر للشريكين؛ لأن المنفرد أقام ما هو حجة على الشريكين، وهما أقاما ما هو حجة على المنفرد، فلهذا قسمت المائة نصفين.

١٦٦٠٩ - قال: نصراني مات وترك مائتي درهم، وترك ابنين نصرانيين، فأسلم أحدهما، ثم جاء رجل، فادعى على الميت مائة درهم، وأقام شاهدين نصرانيين، فإن القاضي يقضي بذلك في نصيب الكافر؛ لأن ما أقام المدعي حجة على الابن النصراني دون الابن المسلم؛ لأنهما من الضرر للمسلم، فلم يصح على المسلم، وصحت على الكافر، فيستوفي الدين من نصيب من صحت البينة عليه، كما لو أقر أحد الابنين بالدين، ولا يدخل الابن النصراني على أخيه المسلم في نصيبه.

قال محمد في الكتاب: ولا يشبه هذا الدين وتركة المسألة الأولى، فإن هناك المسلم الشريك إذا أخذ شيئاً من المائة، يدخل عليه الشريك النصراني. وههنا الابن النصراني لا يدخل على أخيه المسلم في نصيبه.

---

(١) وفي الأصل: فتصيب.

والفرق بينهما أن النصراني الشريك إنما يزاحم المسلم الشريك بسبب الدين؛ ودين النصراني ثابت في ذمة الميت، لم يرد عليه الاستحقاق، إنما ورد الاستحقاق على المال الذي يقع به القضاء، فيبقى دينه في ذمة الميت، ويجعل ما أخذه المسلم كالهالك، وإذا بقي دين النصراني الشريك، وجبت الشركة في باقي المال، فأما الميراث إنما يجب بعد الدين، فإذا ثبت الدين في حق الابن الكافر، بطل به ميراثه، والشركة تبتنى عليه، فإذا بطل الميراث بطلت الشركة، وفي مسألة الدين إذا بقي الدين يثبت الشركة في محل الحق، فلهذا افترقا.

وذكر عين هذه المسألة في "المنتقى"، وذكر عن أبي حنيفة: أني أقضي بنصف الدين في حصة النصراني، وأبطل النصف، وذكر عن أبي يوسف: أني أقضي بذلك في حصة النصراني، ولا أقضي على المسلم بشيء، ونحن بما ذكر في "المنتقى": أن المذكور في "الجامع" قول أبي يوسف ومحمد، وسيأتي هذه المسألة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

١٥١١٠: قال محمد في "الجامع": مسلم ادعى أن فلانًا النصراني مات، وأوصى إليه، وأقام شهودًا من النصارى، فإن أحضر غريمًا نصرانيًا، قبلت الشهادة عليه قياسًا واستحسانًا، ويتعدى إلى غيره، كما نبين بعد هذا في الوكالة، وأما إذا أحضر غريمًا مسلمًا، فالقياس أن لا تقبل شهادتهم عليه، وهو قول محمد أولاً، وفي الاستحسان: تقبل.

وجه القياس أن هذه شهادة الكافر على المسلم مقصودًا، فلا تقبل، وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد في الكتاب: أن موت النصارى لا يحضره المسلمون، ومعنى هذا الكلام أن الإيصاء غالبًا إنما يكون عند الموت في دورهم، والمسلمون لا يحضرون دورهم عند موتهم غالبًا، فلو لم تقبل شهادتهم على المسلم في إثبات الموت والإيصاء، أدى إلى ضياع حقوقهم المتعلقة بالموت والإيصاء، فتقبل إحياء لحقوقهم، وإن كان الإحياء قد يحصل بحضرة المسلمين اعتبارًا للغالب، ألا ترى أن شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال صارت حجة للضرورة، وإن كانت الحادثة بحال يجوز للرجال حضور تلك الحادثة لتحمل الشهادة، اعتبارًا للغالب، كذا ههنا، والذي بيّنا من الجواب في الوصاية، فهو الجواب في النسب، حتى لو أقام نصراني بينة من النصارى أن

القول قول من يدعي البقاء؛ ولأن اختلاف الدين مانع من جريان الإرث، وقد عرف وجوده، فإذا الابن المسلم ادّعى زوال المانع[1]، والابن الآخر ينكر، والقول قول المنكر، ولكن يصلى على الميت بإخبار الابن المسلم أنه أسلم قبل موته؛ لأنه أخبر بخبر ديني، وهو وجوب الصلاة عليه، وخبر المسلم الواحد في أمور الدين مقبول، فيصلى عليه، وليس من ضرورة الصلاة عليه ثبوت استحقاق الميراث للابن المسلم؛ لأنه ينفصل أمر الصلاة عن الميراث في الجملة، فلم يكن من ضرورته استحقاق الميراث للابن المسلم.

١٥١٦٣ - ولو أقام المسلم نصرانيين أنه مات مسلمًا، وأقام نصراني مسلمين أو نصرانيين أنه مات نصرانيًا، تقضيت بالميراث للمسلم منهما، أما إذا أقام النصراني نصرانيين؛ لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على النصراني، أقام ما ليس بحجة على الابن المسلم، أما إذا أقام النصراني مسلمين فلأنه وإن أقام ما هو حجة على المسلم، ولكن مع هذا ترجحت بينة المسلم لوجهين: أحدهما: أن البيّنات للإثبات، وبينة المسلم يثبت أمرًا حادثًا وهو الإسلام، وتثبت استحقاق الميراث للابن المسلم، وبينة النصراني تنفي ذلك، ولهذا جعلنا القول قوله؛ لأنه ينفي استحقاق الابن المسلم، فتكون البينة بينة المسلم؛ لأنه يثبت الاستحقاق لنفسه.

الوجه الثاني: إن الإسلام أقوى: قال النبي ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[2]، فكان الترجيح لبينة المسلم من هذا الوجه، ولهذا قلنا: إن الولد المولود بين مسلم وكافر يكون مسلمًا تبعًا للمسلم منهما؛ لقوة الإسلام، كذا هنا، وأما حكم الصلاة فإنه يصلى عليه لا بالشهادة، فإن الشهود نصارى، ولا تقبل شهادتهم في الأمور الدينية، والصلاة أمر ديني، ولكن لإخبار الابن المسلم بإسلامه، وخبره حجة في حق الصلاة عليه؛ لما ذكرنا.

وإن كان للميت بنون صغار، ورثتهم عن الميت مع ابنه المسلم، وجعلتهم

---

(١) هكذا في الأصل وتش ظ، وما في م: فإذا ادعى الابن المسلم ادعى زوال المانع الخ، وفي ف وحاشية ظ: فإذا ادعى الابن المسلم فقد ادعى زوال المانع.

(٢) أخرجه البخاري معلقًا في "صحيحه" (١/ ٤٥٤) والضياء في "الأحاديث المختارة" (٢٩٦) والدارقطني في "سننه" (٣٠-٣/ ٢٥٢) وشرح معاني الآثار (٣/ ٢٥٧) والروياني في "مسنده" (٧٨٣) وغيرها.

يحكم بإسلامه، وروى المعلى عن أبي يوسف أنه قال: لا أقبل شهادة أهل الذمة على إسلام الكافر في حالة الحياة، وأقبله بعد الموت، وإن لم يكن له ميراث، يجب لأحد شهادتهم.

١٥١١٤- وروى عمرو بن أبي عمرو عن محمد في "الإملاء": رجل من أهل الذمة مات، فشهد مسلم عدل أو مسلمة أنه أسلم قبل موته، وأنكر أولياءه من أهل الذمة ذلك، فميراثه لأوليائه من أهل الذمة بحاله، وإنه ظاهر، قال: وينبغي للمسلمين أن يغسلوه ويكفنوه ويصلون عليه

وكذلك إن كان محدودًا في قذف، يعني المخبر بعد أن يكون عدلًا، وقال: شهادة الفسّاق من المسلمين على إسلامه لا تقبل، ولا يُصلى عليه بشهادتهم.

١٥١١٥- قال: ولو شهد على إسلام نصراني رجل وامرأتان من المسلمين وهو يجحد، أجبر على الإسلام، ولا يقتل، ولو شهد عليه رجلان من أهل دينه، وهو يجحد، فشهادتهما باطلة، قال: لأن في زعمهما أنه مرتد، ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد.

١٥١١٦- ولو قال الابن المسلم: لم يزل أبي كان مسلمًا، وقال النصراني: لم يزل كان نصرانيًا، فالقول قول المسلم؛ لأن كل واحد منهما يدعي ما هو أصل من وجه، وما هو حادث من وجه، أما الابن المسلم فلأنه يدعي الإسلام، والإسلام أصل في بني آدم من وجه من حيث إنهم أولاد آدم وحواء، وهما كانا مسلمين، وحادث من وجه من حيث إنه علم بالله تعالى ورسله وكتبه، والعلم حادث، وأما الابن النصراني فلأنه يدعي الكفر، والكفر أصل من وجه من حيث إنه جهل، والجهل أصل في الآدمي، حادث من وجه من حيث إن الأصل في الآدمي الإسلام تبعًا لآدم وحواء، فهو معنى قولنا: إن كل واحد منهما يدعي ما هو أصل من وجه، وما هو حادث من وجه، فاستويا من هذا الوجه، وترجح دعوى الابن المسلم لقوة الإسلام وعلوه، فجعلنا القول قول الابن المسلم.

وإن أقام البينة، فالبينة بينة الابن المسلم أيضًا؛ لأنها تثبت أمرًا حادثًا، وهو العلم، ولو أن الابن المسلم أقام بينة على إسلام الأب قبل موته، يعني من المسلمين، لم

أقبل ذلك حتى يصفوا الإسلام.

١٥١١٧ - وكذلك إذا شهد شاهدان على نصراني حي أنه أسلم، يعني من المسلمين، لا تقبل شهادتهما حتى يصفوا الإسلام، وهذا لأن الشاهدين عسى أن لا يعرفان ما يصير الكافر به مسلمًا، وما يحتاج إليه لدخوله في الإسلام، فإن لذلك شرائط بعضها ظاهرة، وبعضها خفية، ولعل ما علمها غير ما هو عند القاضي، فلا بد من الوصف حتى ينظر القاضي فيه إن كان ذلك يوجب دخوله في الإسلام، يجعله مسلمًا، وما لا فلا، ألا ترى أنا شرطنا لقبول الشهادة على الزنا أن يفسر الشهود الزنا؛ لأنهم عسى يعرفون من أنواع الزنا أنه يوجب الحد، ولا يكون كذلك، كذا ههنا.

وذكر القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في آخر شرح السير: أن الشاهد إذا كان فقيهًا، تقبل شهادته من غير أن يصف الإسلام، وإذا كان جاهلًا لا تقبل شهادته ما لم يصف الإسلام.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: فإن كان شهود غريم المسلمين من المسلمين، وقضيت بشهادتهم بحضرة الابن النصراني، ثم جاء الابن المسلم ببينة من أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا، قال محمد: هو الوارث فيما كان للنصراني الميت من المال، ولا يقضي على الغريم بشيء؛ لأن الابن المسلم أقام ما هو حجة على الابن النصراني، دون الغريم المسلم، والقضاء بحسب الحجة، فيقتصر القضاء على الابن النصراني.

واستشهد بما إذا كان البنون ثلاثة، أحدهم مسلم والآخران نصرانيان، واقتسم النصرانيان الميراث نصفين، ثم أسلم أحد الابنين النصرانيين، ثم أقام الابن المسلم بينة من أهل الذمة أن الأب مات مسلمًا، فإني أقضي له على الوارث الذي لم يسلم، ولا أقضي له على الذي أسلم، وطريقه ما قلنا.

قال ابن سماعة: قلت لمحمد: فإن كان الغريم والابن المسلم أقام كل واحد منهما شاهدين ذميين، قال: فإذا جاءوا معًا، فالخصم هو المسلم؛ لأنه يثبت وراثته بما أقام من البينة، ولا تقبل بينة الغريم على الوارث، فإذا كان الوارث مسلمًا، فشهادة أهل الذمة ليست بحجة عليه، فلا يستحق الغريم بها شيئًا.

١٥١١٨ - قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: في نصراني مات وترك ألف

درهم ، فأقام مسلم شهوداً من النصارى على ألف درهم له على الميت ، وأقام نصراني شاهدين من النصارى على ألف درهم له على الميت ، فإنه يدفع الألف المتروك إلى المسلم ، ولا يتحاصّان فيها عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : يتحاصّان في الألف ، وقول محمد كقول أبي حنيفة .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن بينة الغريم النصراني ، هل هي مقبولة في هذه الصورة؟ على قول أبي حنيفة ومحمد : هي غير مقبولة ، وعلى قول أبي يوسف : هي مقبولة ، فأبو يوسف يقول : إن هذه شهادة قامت على الميت ؛ لأنهم شهدوا بدين على الميت ، والميت ذمي ، فتقبل شهادة أهل الذمة عليه ، أقصى ما في الباب إذا قبلت بينته ، وثبت دينه على الميت بشهادتهم ، تضرر به الغريم المسلم ، فإنه يحاصه[١] في الألف المتروكة ، فينتقص حقه حيث لا يصل إليه تمام الألف ، ولكن لا يجوز أن يمتنع قبول الشهادة لأجلها ؛ لأنه إنما يعتبر من قامت عليه الشهادة لا من يتعدى إليه في الجملة ، ألا ترى أن شهادة أهل الذمة على الذمي بإعتاق عبده المسلم جائز ، وإن كان يتوهم تعدي الضرر إلى المسلم ، فإنه تقبل شهادته بعد ذلك على سائر المسلمين ، ولم يعتبر ذلك شهادة على المسلم ، فكذا هذا

وأبو حنيفة ومحمد قالا : بأن هذه شهادة قامت على الميت من وجه ، وعلى الغريم المسلم من وجه ، فتقبل في حق الميت الكافر ، ولا تقبل في حق المسلم الغريم ، وهذا لأن هذه الشهادة من حيث إنها قامت على أصل الدين ، فهي شهادة على الميت ، ومن حيث إن الدين بعد الموت إنما يتعلق بالتركة ، والتركة مشغولة بدين الغريم المسلم كانت هذه شهادة على المسلم ، وهذه الشهادة حجة على الكافر دون المسلم ، فقلنا : بأنه تقبل هذه الشهادة على الميت بثبوت الدين عليه ، ولم يظهر ذلك في حق المسلم ، حتى لا يزاحمه في التركة ، فإذا قضي بدين الغريم المسلم ، فإن فضل شيء كان ذلك له ؛ لأن دينه ثبت على الميت ليس في ظهوره في حق التركة بعد فراغها عن دين المسلم إبطال حق المسلم ، فقبلت بخلاف ما قبل فراغ التركة عن دين المسلم ؛ لأن هناك في إظهاره في التركة إبطال حق المسلم عن التركة بشهادة الكفار ، فإنه لا يجوز .

---

(١) هكذا في الأصل (ظ) ، وكان في م وف يخاصه ، فالأول مشتق من الحصص ، والثاني من التخصيص

حق المسلم لمزاحمته إياه ، فإذا مات انقطعت مزاحمته ، فورث هذا الابن .

قال ابن سماعة : إنما لا يكون للابن الذمي حق المزاحمة مع الابن المسلم في هذه المسألة إذا أسلم قبل أن يثبت نسب الابن الذمي ، أما لو ثبت نسبه قبل إسلامه بهذه البينة ، كان له مزاحمة الابن المسلم ؛ لأن حال ما أقام البينة هو[1] في مثل حالة ذمي[2] ، فتقبل بينة أهل الذمة عليه ، فكان له أن يشاركه ، فأما بعد ما أسلم لم يثبت له حق المشاركة بهذه البينة ؛ لأنها ليست بحجة في حقه

١٥٩١٩ - ولو مات مولى النصراني الميت ، ولم يمت الابن المسلم ، فإني أجعل ميراثه بين المسلم والنصراني ، قال ابن سماعة : يعني إذا كان أسلم بعد موته ، قال : لأن هذا مال حدث الساعة ، وليس بمنزلة مال تركه النصراني ميراثاً ، أشار إلى ما ذكرنا أن بينة النصراني مقبولة في حق الميت حتى يثبت نسبه منه ، وإنما لم يشارك الابن المسلم فيما قبض ؛ لأن هذه البينة ليست بحجة عليه ، ففيما أخذه الابن المسلم لا يظهر وراثته في حقه حتى لا يكون قضاء على المسلم بشهادة النصراني ، فأما فيما سواه فالشركة مبقاة على ملك الميت قبل القسمة ، على ما عُرف في موضعه ، فكانت هذه شهادة على الميت ، وإنما يستحق بها مال الميت ، وشهادة أهل الذمة حجة في حقه .

وكذلك إنما يرث من مولى النصراني بحكم الولاء ، وأنه ثابت له بهذه البينة ، فهذه الشهادة حجة في حقه ؛ لأنه ذمي مثله ، فصلح أن يكون مستحقاً لميراثه بهذه البينة ، وهذا استحقاق عليه ، لا على الابن المسلم ؛ لما قلنا ، فلهذا كان ميراثه بينهما ، وإنما فسّره ابن سماعة بأنه أسلم بعد موته ؛ لأنه لو كان أسلم قبل موته لا يرث منه ؛ لاختلاف دينهما .

١٥٩٢٠ - قال في "المنتقى" : وإذا شهد رجل على امرأته مع آخر أنها ارتدت - والعياذ بالله - وهي تجحد ، وتقر بالإسلام ، فرّقت بينهما ، وجعلت عليه نصف المهر إن لم يكن دخل بها ، قال : أقبل شهادة الزوج في الردة ، ولا أبرئه عن المهر ، وأجعل جحودها الردة وإقرارها بالإسلام توبة .

---

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في م : ترمي ، وفي الأصل : متوفى .

(٢) وفي ف : مثل حالة المسلم ذمي .

ولو شهدا على أنها أسلمت وهي تجحد ، وأصل دينهما كان هو النصرانية ، قبلت شهادتهما على الإسلام ، وأجعل جحودها وثباتها على النصرانية ردة ، ولا يبرأ من نصف المهر .

١٥١٢١ - وفيه أيضًا : مسلم قال : إن دخل عبيدي هذه الدار فهو حر ، وقال نصراني : إن دخل هذا العبد هذه الدار فامرأته طالق ، فشهد نصرانيان أنه دخلها بعد اليمين ، فإن كان العبد مسلمًا ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأنهما شهدا على فعل مسلم ، وإن كان العبد نصرانيًا قبلت الشهادة على طلاق المرأة ، ولا تقبل على عتق العبد ، وهو بناء على ما مر أن شهادة النصراني حجة في حق النصارى ، وليست بحجة في حق المسلمين .

١٥١٢٢ - قال ابن سماعة عن محمد : في النصرانيين شهدا على مسلم ونصراني أنهما قتلا مسلمًا عمدًا ، قال : لا أجوز شهادتهما على المسلم ، وأدرأ عن النصراني القتل ، وأجعل عليه الدية في ماله ، أما لا تقبل شهادتهما على المسلم لظاهر ، وأما يدرأ القتل عن النصراني ؛ لأن القتل واحد ، ولم يثبت في حق المسلم لقصور الحجة ، فيورث الشبهة في حق الكافر ، والقصاص لا يستوفى مع الشبهات ، قال : وأجعل عليه الدية في ماله ؛ لأن الشهادة على قتلهما ليست بشهادة على اشتراكهما في جرح واحد ، لكن هذه شهادة على جرح موجود من الكافر ، وجرح من المسلم ، فإذا شاهدا ظهور الموت عقيب الجرحين ، كان لهما أن يشهدا عليهما بالقتل ، فأقصى ما في الباب أن الجرح من المسلم لم يثبت لقصور الحجة ، ولكنه تكاملت الحجة على الكافر ، فيثبت جُرحه ، وظهور الموت عقيبه ، وتعذر إيجاب القصاص به للشبهة ، فوجبت الدية في ماله ؛ لأن المشهود قتل العمد ، والعاقلة لا تعقل العمد .

١٥١٢٣ - قال ابن سماعة عن محمد : في مسلم ادّعى على مسلم ونصراني ألف درهم من ثمن متاع باعه منهما ، وأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، وأقام شاهدين من النصارى عليهما بذلك ، قال : قبلت بينته على النصراني ، ويأخذ منه جميع الألف ، ولا يرجع النصراني بذلك على المسلم ، وإنما يقبل بينته على النصراني لأن بينته حجة في حقه ، ويأخذ منه جميع الألف ، النصف بحكم الأصالة لقيام الحجة عليه ،

والعصم بحكم الكفالة ؛ لأن هذه البينة تقتضي ثبوت الألف كلها عليهما، إلا أنها لم تعمل في حق المسلم؛ لأنها ليست بحجة عليه، أما هي حجة على الكفيل، فيعمل في حق الكفيل، فيثبت المال على المسلم فيما يرجع إلى استحقاق المطالبة، والأخذ من يد الكفيل، وإن كان لا يثبت فيما يرجع إلى استحقاق مطالبة المسلم الأصيل، والأخذ من يده.

واستشهد في الكتاب فقال: ألا ترى أن رجلا لو ضمن مالا على رجل، والمدعى عليه يُنكر المال، ولم يقم عليه بينة أن الضمان جائز؛ لأن شرط صحة الضمان وجوب المضمون على الأصيل في حق الكفيل، وقد وجد؛ لأنه أقر بذلك، وإقراره حجة عليه إن لم يكن حجة على الأصيل، فكذلك في مسألتنا ظهر وجوب الدين على المسلم في حق النصراني الكفيل، وإن لم يظهر في حق المسلم الأصيل؛ لقيام ما هو حجة في حق الكفيل إن لم يكن حجة في حق المسلم الأصيل، فجاز أن يؤاخذ الكفيل بذلك. ثم لا يرجع الكفيل بذلك على المسلم؛ لأن الرجوع عليه من حكم ظهور الاستحقاق في حقه، ولم يظهر؛ لأن البينة ليست بحجة عليه.

١٥١٢٤ - قال ابن سماعة عن محمد: في نصراني اشترى من مسلم عبداً، وقبضه وباعه من نصراني آخر، ثم إن المشتري الثاني وجد به عيبًا بعد ما قبض، وأقام بينة من النصارى أن هذا العيب كان به عند المسلم قبل أن يبيعه من النصراني المشتري، كان له أن يرده على بائعه النصراني، وإن كان بائعه لا يقدر على رده على بائعه المسلم بهذه البينة.

وبهذه المسألة يحتج أبو يوسف في مسألة الاستحقاق التي مرت في أول هذا الفصل، وقال: الشهادة في هذه المسألة لما تضمنت حكمين: الرد على النصراني، وولاية الرد للذلك النصراني على المسلم، وهذه البينة حجة في حق النصراني، ليست بحجة في حق المسلم، ثبت حكمه في حق النصراني؛ لقيام الحجة في حق النصراني، وإن امتنع ثبوت حكمه في حق المسلم، فكذلك في المسألة المختلفة.

ولكن الجواب عنه، وهو الفرق أن في هذه المسألة المشهود به العيب، وإذا كان مما يحدث مثله لم يكن البينة عليه مقتضية كون العيب ثابتًا من الأصل، ولكنه يثبت بقدر ما

يحتاج إليه الرد، فلم تكن هذه البينة متضمنة حكماً على البائع المسلم ليمتنع قبولها.
يوضحه أن هذه البينة لا تثبت حق الرد إلا للمشتري الآخر؛ لأن المشتري الأول لا يقدر
على رده إلا بعد عوده في ملكه إليه، ولم يعد إليه بعد. وإذا لم تكن هذه البينة مثبتة حق
الرد للمشتري الأول للحال، لم يكن هذه البينة قائمة على البائع المسلم، بل هي قائمة
على هذا البائع النصراني، وأنها صحيحة في حقه، فيستحق عيبه. فأما في المسألة
المتقدمة، فالمشهود به الملك المطلق، وهو الملك من الأصل؛ فإذا ظهر بالبينة أن الملك من
الأصل للمستحق، ظهر بطلان ملك الباعة كلهم، فكانت قائمة على الباعة جميعاً.
ويكون القضاء بها قضاء على الباعة كلهم، فيكون قضاء على البائع المسلم. ولهذا لا
تقبل بينة واحد من الباعة على الملك المطلق لنفسه؛ لأنه صار مقضياً عليه. ولهذا كان
لكل واحد أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه بائعه عند أبي حنيفة وأبي
يوسف، خلافاً لمحمد.

والدليل عليه أنه تسمع البينات المترتبة عنده على من دون الخصومات، فيجب
أن تقضيه على مسلم البائع، ولا يجوز القضاء على المسلم ببينة أهل الكفر.

ثم استشهد بإيضاح الفرق، فقال: "ألا ترى أن رجلاً لو اشترى عبداً، فباعه من
آخر، فاستحقه رجل من يد المشتري، فرجع المشتري بالثمن على بائعه، أن لبائعه أن
يرجع على بائعه من غير إعادة البينة، ومثله لو رده المشتري على بائعه بالعيب بالبينة، لم
يكن لبائعه أن يرده على من اشتراه منه حتى يعيد البينة عليه.

وهذا إشارة إلى ما ذكرنا من الفرق أن القضاء بالملك المطلق للمستحق قضاء على
جميع الباعة، فاستغنى عن إعادة البينة؛ لأن تلك البينة قائمة عليه؛ لأنها قامت على من
انتصب خصماً عنه، وهو المشتري، بخلاف مسألة العيب؛ لأن البينة هناك ليست قائمة
على البائع دون بائع البائع؛ لأنه لا يتعدى حكمه إليه للحال، كما ذكرنا. والذي
يوضح الفرق أن القضاء بالملك المطلق لما كان قضاء بالملك من الأصل، فلا بد من أن يكون
البائع المسلم مقضياً عليه بشهادة الكفار، وأنه لا يجوز.

فأما شهادة الشهود على أن هذا العيب كان عند البائع المسلم فشهادة أنه كان في يد
البائع الكافر الذي اشتراه من المسلم؛ لأنهم شهدوا ببقاء ذلك العيب إلى هذا الوقت،

فقد شهدوا بقيام العيب عند البائع النصراني ، وشهادتهم حجة عليه ، فتقبل ويثبت قيام هذا العيب في يده ، وشهدوا أيضاً بإسناد هذا العيب إلى زمن سابق ، وهو حال ما كان في يد المسلم ، وشهادتهم ليست بحجة عليه . فيثبت قدر ما أمكن إثباته بشهادتهم ، وهو كون العيب موجوداً في يد الكافر دون المسلم ، وأنه غير مستحيل ليكون عملاً بقدر الدليل .

١٥١٢٥ - قال ابن سماعة : سمعت محمداً يقول : في المسلم قطع يد نصراني عمداً ، وزعم القاطع أنه عبد ، يعني القاطع عبد النصراني ، وادعى المقطوعة يده أنه حر ، فأقام رجل وامرأتين من المسلمين على أنه أعتقه مولاه منذ سنة ، قال : أجعله حراً ، وأقتص منه ، وهذا لأنه ادعى لنفسه حق استيفاء القصاص من القاطع ، ولا يمكنه ذلك إلا بإثبات حرية القاطع ؛ لأن القصاص في الأطراف لا يجري بين العبدين ، ولا بين الحر والعبد ، وإذا كان لا يمكنه إثبات القصاص إلا بإثبات العتق ، صار خصماً في حق إثبات العتق ، فهذه بينة قامت على خصم ، فقبلت ، وكذلك العبد لا يمكنه دفع القصاص عن نفسه إلا بإنكار العتق ، فانتصب خصماً عن مولاه في إنكار العتق ، فقامت هذه البينة على خصم ، فقبلت هذه البينة ، ثم الثابت بهذه البينة في صورة شرط جريان القصاص ، فكان كالإحصان في باب الرجم ، فإنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا ، كذا هذا .

وإن أقام المقطوعة يده شاهدين نصرانيين أن مولاه أعتق منذ شهر ، وأراد أن يقتص له ، فإنه يعتق بهذه الشهادة ، ولا أقتص من القاطع ؛ لأن هذه الشهادة حجة على المولى النصراني ، فيثبت العتق في حقه بهذه الشهادة ، وليست بحجة على القاطع المسلم ، فلم يظهر العتق في حقه لاستيفاء القصاص منه ، قالوا : وينبغي أن يكون القضاء بالعتق في هذه الصورة قولهما ، لا قول أبي حنيفة ، فإن أبا حنيفة لا يرى قبول الشهادة على عتق العبد بدون دعواه ، ولم يوجد ههنا دعوى العبد ؛ لأنه منكر لذلك .

قال : ألا ترى أن مسلماً لو قال : إن طلق فلان النصراني امرأته فعبدي حر ، فشهد نصرانيان أنه طلق امرأته ، يقع هذا القول إلى أطلق امرأة النصراني ، ولا أعتق عبد المسلم ؛ لأن هذه الشهادة حجة في حق النصراني دون المسلم ، والطلاق ينفصل عن العتق ، فأمكن إثبات أحدهما دون الآخر ، فيثبت الطلاق دون العتق ،

ويجعل في حق العتق كأن التعليق غير ثابت لانعدام الحجة على ظهوره في حق المسلم، كذا هذا(١).

قال: ألا ترى أن نصرانيا لو مات، وترك ألفا لا مال له غيرها، فأقام كل واحد من مسلم ونصراني بينة من النصارى أن له عليه ألفا، أنه يقضي بها للمسلم، ولا شركة للنصراني؛ لأن شهادة النصارى حجة على النصراني دون المسلم، حيث تقرر الحجة، فكذا هذا.

قال: ألا ترى أن نصرانيا في يده طيلسان: أقام كل واحد من مسلم ونصراني نصرانيين أن النصراني أقر بالطيلسان له، أني أقضي له للمسلم، لما قلنا، كذا هذا

قال: ألا ترى أن رجلا لو شهد عليه ابناه أن لفلان عليه ألف درهم، فقال: إن كان لفلان علي ألف درهم فأمكما طالق، فشهد ابناه بالمال، إني أقضي بالمال، ولا أطلق الأم إذا ادعت؛ لأن شهادتهما للأم غير مقبولة، وللأجنبي مقبولة، فتقبل شهادتهما للأجنبي بالمال على وجه لا يظهر في حق أمهما، كذا هذا، وما ذكر محمد في ابتداء المسألة أن المقطوعة يده إذا أقام رجلا وامرأتين من المسلمين على أن المولى أعتقه، اقتصصت منه

١٥١٢٦ - وفي نوادر هشام قال: سألت أبا يوسف عن رجل قال: إن شربت خمرا فعبدي حر، فشهد عليه رجل وامرأتان أنه قد شرب الخمر، قال: أعتق العبد، ولا أحده، ولا فرق بين المسألتين؛ لأن الثابت في المسألتين شهادة البينة في صورة شرط جريان القصاص، وفي صورة شرط جريان الحد.

١٥١٢٧ - وإن شهد رجل وامرأتان أن لفلان على زوج إحدى المرأتين ألف درهم، وقد كان قال الزوج: إن كان لفلان علي ألف فأنت طالق، فإني أقضي بالمال، ولا أطلق المرأة؛ لأنها شهادات لنفسها بوقوع الطلاق، وللأجنبي بالمال، فتقبل الشهادة للأجنبي، ولم يثبت المال عليه في حق كونه شرطا لوقوع الطلاق، لما ذكرنا من المعنى، كذا هذا.

١٥١٢٨ - قال في كتاب الرهن: ذمي مات فادعى ذمي بعض متاعه رهنا، وأقام

---

(١) وفي الأصل كذا.

فلا تقبل ، وإذا أقام على عبده بإجماعهم حتى ينتهوا إلى المسلم ، فلا يرجع عليه ، ولا على من قبله إلا أن يقر بذلك المسلم ، ويترادون بالثمن حتى ينتهوا إلى الذي أعتقه .

١٥١٣٠ - قال محمد في كتاب [illegible] : إذا ادّعى مسلم على كافر مالاً ، وادّعى ضمان مسلم عنه ، وأقام بينة من أهل الكفر بأصل المال ، وبكفالة المسلم عنه ، فإن المال يثبت في حق الأصيل ، ولا يثبت في حق الكفيل ؛ لأن شهادة أهل الذمة حجة في حق الأصيل ؛ لأنه ذمي ، وليس بحجة في حق الكفيل ؛ لأنه مسلم ، فصار في حق الكفيل كأنه لم يقم البينة أصلاً ، وإنما وُجد في حقه مجرد الدعوى .

١٥١٣١ - ولو أن رجلاً مسلماً كفل لكافر عن كافر بألف درهم ، فقال الكفيل الذي عليه الأصل : لم آمره أن يضمن عني ، فجاء المسلم بشاهدين من أهل الكفر ، أنه قد أمره بالضمان ، وأقر الطالب أنه قد استوفى منه المال كان له أن يرجع عليه ؛ لأن شهادة الذمي حجة على الذمي كشهادة المسلم ، ولو شهد بذلك الأمر شاهدان مسلمان ، وأقر الطالب أنه استوفى[1] رجع الكفيل بذلك على الذي عليه الأصل ، فكذلك هنا .

١٥١٣٢ - قال في « الأقضية » : وإذا ادعى رجل مسلم على رجل مسلم مالاً ، وجحد المطلوب ، وادعى الطالب كفالة رجل من أهل الذمة بالمال بأمره ، وجحد الكفيل ذلك ، فشهد رجلان من أهل الذمة على ذلك ، فإنه لا يجوز على المسلم شيء من ذلك ، ويجوز على الذمي حتى يؤخذ الكفيل بالمال ، وإذا أدّى لا يرجع على الأصيل ؛ هكذا ذكر في عامة روايات هذا الكتاب .

وذكر في بعض روايات هذا الكتاب ، وقال : لا تقبل الشهادة أصلاً ، وجه ما ذكر في بعض الروايات ، وهو أن الكفيل يتحمل عن الأصيل ، ولم يلزم الأصيل شيء بهذه الشهادة ، فلا يلزم الكفيل .

ووجه ما ذكر في بعض الروايات أن شهادة أهل الذمة حجة في حق الذمي الكفيل ، وليس بحجة في حق الأصيل ، فثبت بهذه الشهادة الدين على الأصيل في حق الكفيل ، وإن كان لا يثبت في حق الأصيل نفسه ، ويجوز أن يعتبر الدين واجباً في حق الكفيل ، ولا يعتبر في حق الأصيل ، كمن قال : لك على فلان ألف درهم ، فكفلت لك

(١) هكذا في ط و م و ب ، وكان في الأصل : استوفى منه .

بما عليه، وأنكر الأصيل أخذ الكفيل به، ولم يؤاخذ به الأصيل، فكذلك هذا، وإذا كان الصك(١) عليهما، وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه بجميع المال فشهد أهل الذمة، وهما يجحدان، فإن الذمي يؤخذ بالمال كله، ولا يؤخذ المسلم، وإذا أدّى لا يرجع على المسلم، وقد مرت المسألة من قبل.

١٥١٣٣ - وإذا كفل مسلم بنفس ذمي، أو بمال عليه لمسلم، أو لذمي، وشهد عليه أهل الذمة، فإن جحد المسلم الكفالة لم يجز ذلك عليه؛ لأن شهادة أهل الذمة ليست بحجة على المسلم، وإن أقر بها، جاز ذلك عليه لإقراره، فإن أدّى المال، وشهد شهود من أهل الذمة أنه كفل بأمره، رجع به؛ لأن شهادة أهل الذمة حجة على الذمي. وفي إثبات الأمر قامت على الذمي لمسلم فقبلت.

١٥١٣٤ - قال ابن سماعة عن محمد: في رجل مسلم أذن لعبده النصراني في التجارة، فشهد عليه نصرانيان أنه اشترى متاعاً بألف درهم جازت، وقد مرت المسألة من قبل.

ولو شهد نصرانيان عليه أنه قتل هذا الرجل أو فرسه، لا تجوز شهادتهما على قتل الرجل، وتجوز على قتل الفرس؛ لأن ضمان استهلاك الفرس يلزم العبد، فكان هو الخصم، فالشهادة إنما تقوم حجة عليه، وهو كافر، فتصح، وتلزم، وأما حكم القتل وهو وجوب القصاص إن كان عمداً، أو التخيير بين الدفع والفداء إن كان خطأ إنما يلزم المولى باعتبار أنه يتلف به مالية نفسه في القصاص، ويستحق عليه دفع العبد الذي هو ملكه في الخطأ، وعلى كلا الوجهين هذه شهادة قامت على المولى وهو مسلم، فلا تقبل شهادتهما عليه، وهذا عندهما، فأما عند أبي يوسف تقبل البينة عليه في القصاص دون المال في الخطأ.

قال محمد: وأصل ذلك أن كل شيء أجزت إقراره فيه لو أقر به، أجيز عليه شهادة أهل دينه إذا أنكره؛ لأن مولاه أذن له في ذلك، وأجاز إقراره فيه.

وبيانه: إن إقرار الإنسان إنما يصح على نفسه لا على غيره، فإذا صححنا إقراره علم أن المقر به يخصه، ولا يتعدى بسببه شيء إلى غيره، إذ لو كان كذلك، لامتنع صحة

---

(١) هكذا في ظ و ف، وكذا في م: الأصل، وفي م: الأصيل.

الإقرار؛ فكان ذلك الغير، قلنا: وإقراره في ضمان المبيعة، وضمان استهلاك الفرس صحيح، فكان هذا حكماً بحصته، فإذا أنكر وقامت عليه بينة بذلك من أهل الكفر، فهذه شهادة قامت عليه، لا على المسلم، فقبلت، وما لا يصح إقراره فيه، علم أنه حق غيره، فإذا أنكره لا يمكن إثباته إلا على ذلك الخصم.

قال: ألا ترى لو أن رجلاً أمره هذا العبد وهو محجور عليه أن يشتري له عبد فلان بثمن مسمى، فأذن له المولى في ذلك، فاشترى منه أنه جائز؛ لأن العبد من أهل الشراء؛ لأنه كلام وهو من أهل الكلام الصحيح، وإنما امتنع تصرفه لضرر يلحق المولى، فإذا رضي به نفذ ذلك، فإن جحد أن يكون اشتراه، فشهدت عليه بينة من النصارى أنه اشتراه، جازت شهادتهم؛ لأن هذه شهادة على العبد، وهو كافر، والضرر يلحق المولى من جهة العبد قد رضي بذلك حين أذن له.

١٥١٣٥ - قال: عبد أو صبي مأذون له في التجارة، شهد عليه نصرانيان بغصب أو وديعة أو بضاعة، أو مضاربة استهلكها، أو جحدها، أو شهد بإقراره بذلك، أو شهدا عليه ببيع أو شراء، أو قرض أو رهن، وهو يجحد، فإنه لا يخلو إما إن كان المشهود عليه مسلماً، والآذن وهو المولى أو الوصي كافراً، أو كان الآذن مسلماً، والمشهود عليه كافراً، فإن كان المشهود عليه مسلماً، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة عليه دون الآذن، وهو مسلم، ولا شهادة للكافر على المسلم، وإن كان المشهود عليه كافراً، تقبل شهادتهما؛ لأن هذه شهادة عليه دون الآذن، وأنه كافر، فتقبل شهادتهما، ولا تمتنع قبول هذه الشهادة لمكان الضرر للمولى؛ لأنه قد رضي به حين أذن، ألا ترى أنه جاز إقراره على نفسه بذلك، وإن لحق ضرر؛ لما ذكرنا.

ثم إذا قبلت هذه الشهادة، وظهر الدين عليه، تباع رقبته فيه؛ لأن الدين إنما يجب في ذمة العبد شاغلاً ماليته، فإن بيع العبد بألف درهم، وأوفى الغريم دينه، وهو ألف درهم، ثم أقام مسلم شاهدين أن له على العبد ألف درهم دين قبل أن يباع، فإنه يأخذ الألف من الغريم الذي كان قبضه، ويدفعه إلى هذا المسلم؛ لأن شهادة شهود الغريم المسلم حجة على العبد، والغريم الأول وشهادة شهود الغريم الأول ليست بحجة في حق الغريم المسلم؛ لأنهم كفار، فلم يكن له أن يزاحمه، فكان المسلم أولى به، ألا ترى

الكافران اشتركا فيه ؛ لأنه سقط حكم شهادة الكافرين ؛ لأن شرط قبول الشهادة الإنكار من الخصم ، وقد انعدم وثبت له الدين على العبد بإقراره ، وما ثبت بإقرار العبد في حالة الإذن والصحة مساو للدين الثابت بالبينة ، فلهذا اشتركا .

وكذلك إن كان الذي شهد له الكافران مسلماً ، والذي شهد له المسلمان كافراً ؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه ، فاستويا فيه ، فاشتركا .

١٥١٣٧ - ولو أقام مسلم مسلمين بألف درهم على العبد ، وأقام ذمي مسلمين أيضاً بألف درهم ، وأقام ذمي ذميين أيضاً بألف درهم ، فإن القاضي يقضي بدينهم على العبد ، فيباع العبد وما في يده ، فيعطى المسلم[1] والذمي الذي شهد له المسلمان لكل واحد منهما نصف ذلك ، وإنما قضى القاضي بدينهم على العبد ؛ لأن كل واحد منهم أقام ما هو حجة على العبد ، فوجب القضاء بها عليه ، إذ لا تنافي في الوجوب عليه ، فلا يقع المزاحمة ، فإذا آل الأمر إلى الاستيفاء ، ووقعت المزاحمة ، وبيع العبد وما في يده ، ولم يف ذلك بالديون ، يقدم دين المسلم والذمي الذي له شاهدان مسلمان ؛ لأن ما أقام الذمي الآخر ليس بحجة في حق المسلم ، فلم يظهر دينه في حق المسلم ، فلا يشاركه ، والذمي الذي أقام مسلمين مع المسلم أقام كل واحد منهما ما هو حجة في حقه ، فقسم ثمن العبد وما في يده بينهما .

ثم الذمي الذي شهد له الكافران يرجع على الذمي الذي شهد له المسلمان ، فيأخذ نصف ما في يده ؛ لأن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على الميت وعلى صاحبه ، فقد استويا في سبب الاستحقاق ، فيأخذ نصف ما في يده ، فيستويان في الاستحقاق ، ثم المسلم يرجع على الذمي الذي شهد له الكافران ، فيأخذ منه نصف ما في يده ؛ لأن دين المسلم ثبت بما هو حجة في حق هذا الذمي ، ودين هذا الذمي ثبت بما ليس بحجة في حق هذا المسلم ، فأي شيء يكون من ثمن العبد لا يكون لهذا الذمي حق المشاركة فيه معه ، وكان ينبغي أن يأخذ جميع ما في يده ؛ لأن جميع ما في يده ثمن العبد ، وحق المسلم من ثمن العبد مقدم على حق هذا الذمي ، إلا أنه إنما لا يأخذ جميع ذلك ؛ لأنه لو أخذ كان للذمي الذي شهد له مسلمان أن يأخذ منه نصفه ؛ لأنه يساويه في ثمن العبد ، فلا يفيد

---

(١) هكذا في ط ، ب ، ف ، وكان في الأصل : فيعطى العبد المسلم .

أخذ الكافر، ثم إذا أخذ المسلم نصف ذلك، لا يكون للذمي الذي شهد له مسلمان أن يأخذ شيئا؛ لأن من حجة المسلم أن يقول: حصتك مما كان في يد هذا الذمي باقٍ في يده، فلا سبيل لك علي.

١٥١٣٨ - ولو كان أحد الغرماء كافرا، شهد له مسلمان، والآخران مسلمان، شهد لأحد المسلمين مسلمان، وللمسلم الآخر كافران، فإن ثمن العبد يقسم بين المسلم الذي شهد له مسلمان، وبين الكافر نصفين؛ لاستوائهما، فإن كل واحد منهما أقام ما هو حجة على صاحبه، ثم يدخل المسلم الذي شهد له كافران على الكافر، ويأخذ منه نصف ما في يده؛ لأن حجة كل واحد منهما حجة على صاحبه، فيستويان في الاستحقاق.

١٥١٣٩ - ولو كان العبد مسلما، والمولى كافرا، وأحد غريمي العبد مسلم، شهد له كافران، والغريم الآخر كافر، شهد له مسلمان، فإنه يقضي بالكل دون المسلم؛ لأن الكافر أقام ما هو حجة على العبد؛ لأن العبد مسلم، وشهود الكافر مسلمون، والمسلم أقام ما ليس بحجة على العبد؛ لأن شهود المسلم كافران، وليس للمسلم أن يشارك الكافر، ويقول: شهودي حجة عليك، كما تقدم من المسائل؛ لأن المشاركة إنما يكون بعد ثبوت أصل الدين. وفي المسائل المتقدمة أصل الدين ثابت على العبد؛ لأنه كافر، وشهادة الكافر على الكافر حجة، وفي هذه المسألة أصل الدين غير ثابت؛ لأن العبد مسلم، وشهادة الكافر على المسلم ليس بحجة.

ولو كان العبد المسلم محجورا عليه، والمولى كافر، كان بمنزلة ما وصفت، يعني لا تقبل شهادة الكافر على العبد، فيقضي للكافر الذي شهد له مسلمان، ولا يقضي للمسلم الذي شهد له كافران. وهذا مشكل؛ لأن المولى في العبد المحجور عليه هو المقضي عليه، والقضاء واقع عليه، والمولى كافر، فتكون شهادة الكفار حجة عليه. ولكن الوجه في ذلك أن هذه الشهادة على إثبات فعل المحجور؛ لأن الدين إنما يجب على الإنسان بفعل باشره، والعبد المحجور مسلم، وشهادة الكافر على إثبات فعل المسلم لا تقبل. وقد مر هذا.

١٥١٤٠ - ولو كان العبد المحجور كافرا، والمولى مسلما، فأقام مسلم ذميين على

العبد بغصب ألف درهم، وأقام ذمي مسلمين عليه بغصب ألف درهم، فإن القاضي يقضي بثمن العبد للذمي؛ لأن الذمي أقام ما هو حجة على العبد وعلى المولى؛ فأما المسلم أقام ما ليس بحجة على المولى، فالمقضي عليه في المحجور هو المولى.

قال: ثم إذا قبض الكافر دينه شاركه المسلم فيما قبض؛ لأن أصل دينه قد ثبت على العبد؛ لأن شهوده حجة على العبد، وعلى شريكه الذمي، فثبت له حق المشاركة معه.

طعن القاضي أبو حازم على محمد فقال: ينبغي أن لا يكون للمسلم حق المشاركة مع الذمي؛ لأن أصل دينه لم يثبت؛ لأن الخصم فيه المولى، وإنه مسلم، وصار هذا نظير العبد المأذون المسلم إذا شهد عليه كافران لمسلم بدين ألف، وشهد عليه مسلمان لكافر بدين ألف، وقضى القاضي بدين الكافر، وإذا قبض الكافر دينه، فليس للمسلم أن يشاركه فيما قبض؛ لأن دين المسلم لم يثبت؛ لأن العبد مسلم، وشهود المسلم كفار.

والجواب عن هذا الطعن، وهو الفرق بين المسألتين أن في تلك المسألة العبد مسلم، وشهود المسلم كفار، وشهادة الكفار ليست بحجة على المسلم، فلم يثبت دين المسلم على العبد، ولم يستحق المسلم شيئاً من كسبه، فلا يثبت للمسلم حق المشاركة؛ لأن حق المشاركة في الكسب إنما يثبت بعد استحقاق الكسب بناءً على ثبوت الدين على العبد، أما ههنا العبد كافر، فأمكن القول بثبوت الدين على العبد، إلا أنه لا يقضي للمسلم بالمشاركة في الابتداء؛ لأن في ابتداء الاستحقاق على المولى، ودين المسلم لم يثبت على العبد في حق المولى؛ لأن المولى مسلم، وشهود الغريم المسلم كفار، فإذا قضيت بدين الكافر، وقضيت بثمن العبد للكافر، أثبتنا للمسلم حق المشاركة معه؛ لأن دين المسلم قد ثبت في حق الغريم الكافر، والمشاركة في هذه الحالة تقع استحقاقاً على الكافر.

١٤١٥١ - قال: مسلم أو حربي أو ذمي أذن لعبده الذي ليس بمسلم في التجارة، فشهد عليه مسلمان لمسلم بدين، وذميان لمسلم بدين، وحربيان مستأمنان لمسلم بدين، فإن شهادة الحربيين لا تقبل، إن إذا كان المولى مسلماً أو ذمياً؛ لأن العبد ذمي في هذه الصورة؛ لأنه يعيش في دارنا على التأبيد تبعاً لمولاه، وهذه الشهادة على العبد، وشهادة

أهل الحرب على الذمي لا تقبل.

وأما إن كان المولى حربياً مستأمناً، فلأن العبد في هذه الصورة بمنزلة الذمي؛ لأنه إذا اشترى عبداً في دار الإسلام، والحربي المستأمن لا يمكن من إدخاله ولا من استرقاقه في دار الإسلام دار الحرب، بل يبقى في دارنا على التأبيد، ويصير ذمياً، ولكن يقضى عليه بشهادة المسلمين والذميين؛ لأن شهادتهم حجة على العبد وعلى الغريم الآخر. وشهادة الحربي الآخر إن كان حجة على العبد، فليس بحجة على الآخر. ثم يبدأ بدين المسلم الذي شهد له المسلمان؛ لأن شهادة شهوده حجة على العبد وعلى المسلم الآخر، وشهادة شهود المسلم الآخر ليست بحجة على هذا المسلم.

ولو كان العبد ومولاه حربيين، فقضى عليهم جملة بما بينا، بأن دخل الحربي دار الإسلام ومعه عبد حربي مستأمن على نفسه وعلى العبد، فالعبد يكون حربياً في هذه الصورة مثل المولى، ألا ترى أن المولى يمكن من إدخاله دار الحرب. وشهادة الحربي حجة على الحربي، كما أن شهادة المسلم والذمي حجة عليه، لكن يبدأ بدين المسلم الذي ثبت بشهادة المسلمين؛ لأن شهادة شهوده حجة على العبد وعلى الغريمين الآخرين، وشهادة شهود الغريمين الآخرين إن كان حجة على العبد، فليست بحجة على هذا المسلم، فلم يثبت دين الغريمين الآخرين في حق هذا المسلم، فلهذا بدأنا به.

١٥٦٤٢ - كافران شهدا على كافر بدين أو وديعة أو طلاق أو عتاق، فأنفذ القاضي ذلك، ثم أسلم المشهود عليه، فإني أجيز ذلك، ولا أرده؛ لأن القضاء قد تم باستجماع شرائطه، وقيام حجة القضاء، وهي الشهادة، فإن شهادة الكفار حجة للقضاء على الكفار، وإنه كان كافراً وقت القضاء، فيلزمه ذلك بشهادتهم، وبإسلامه من بعد لا يظهر أن تلك الشهادة لم تكن حجة عليه، فلا يظهر بطلان القضاء.

١٥٦٤٣ - قال محمد في الجامع الصغير: نصراني مات فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته ولي الميراث، وقالت الورثة: لا، بل أسلمت قبل موته، فالقول قول الورثة؛ لأن المرأة ادعت ما هو حادث من كل وجه؛ لأن الإسلام بعد الكفر حادث من كل وجه، فكانت مدعية، فلا يقبل قولها إلا بحجة.

فإن قيل: لماذا لا يترجح دعواها بسبب الإسلام؟ قلنا: الإسلام إنما يترجح حالة

المساواة في الدعوى، ولا مساواة ههنا.

فإن قيل: إذا كان الإسلام بعد الكفر حادثاً من كل وجه، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات ما بعد موت الزوج، يجب أن يجعل القول قولها؛ لتمسكها بما هو الأصل.

قلنا: هذا الأصل معارض بأصل آخر، فإن الأصل أن يجعل القول قول من يشهد له الظاهر، والظاهر شاهد للورثة ههنا، فإنها مسلمة في الحال، والحال حكم في التعريف عما مضى في الشرع من الإثبات، كما في مسألة الطاحونة، فالحال يشهد للورثة، وفي اعتبار الحال دفع الميراث لا إبطال شيء، أو إلزام شيء على الغير، فوقعت المعارضة بين الأصلين، فتساقطا، فبقي ما ذكرنا، وهو دعواها أمراً حادثاً من كل وجه خالياً عن المعارض، فلا يقبل قولها إلا بحجة.

١٥١٤٤ - ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية، فتقول وهي مسلمة وقت الخصومة: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته، فالقول قول الورثة أيضاً؛ لما ذكرنا أنها تدعي أمراً حادثاً من كل وجه.

فإن قيل: ينبغي أن يجعل الحال حكماً في معرفة حكم ما مضى، كما في المسألة المتقدمة، وهي مسلمة في الحال، فيحكم بإسلامها فيما مضى؟

قلنا: الحال حكم ظاهر في الدلالة على الماضي، وليس بدليل قطعي، والظاهر يصلح حجة للدفع، لا لإثبات شيء لم يكن، والورثة هم الدافعة، وهي التي تثبت حقها، أما في المسألة الأولى فظاهر، وأما في المسألة الثانية فلأنهم ينكرون إسلامها فيما مضى لدفع الميراث.

تحقيقه: إن سبب الحرمان ظهر في الفصلين، وهو اختلاف الدين، فهي تدعي الوراثة بعد ظهور سبب الحرمان بدعوى أمر حادث من كل وجه، والورثة ينكرون ذلك، فكان القول قولهم.

١٥١٤٥ - قال في «الأصل»: وإذا مات الرجل وترك ابنين مسلمين، فقال أحدهما: مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً، أسلمت حال حياة الأب، وقال الآخر: صدقت، وقد كنت مسلماً أيضاً، أسلمت حال حياة الأب، وكذبه الابن الذي على

إسلامه، وقال: إنما أسلمت بعد موت الأب، فإن الميراث للابن المتفق على إسلامه، وعلى الآخر البينة أنه أسلم قبل موت أبيه. أما الميراث للابن المتفق على إسلامه؛ لأن وراثة الابن المتفق على إسلامه ثابت باتفاقهما، فإنهما تصادقا على موت الأب مسلماً، وعلى إسلامه قبل موت أبيه. وعلى الآخر البينة، وذلك لأن الآخر ادّعى أنه مسلم قبل موته، والابن المتفق عليه يقول: أسلمت بعد موت الأب، والإسلام أمر حادث من كل وجه بعد ما اتفقا على الكفر، والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر. فالابن المتفق على إسلامه بدعوى حدوث الإسلام لأقرب ما ظهر متمسك بما هو الأصل في الحوادث، فيكون منكراً، والآخر مدعياً، فكان عليه البينة، ولا يحكم الحال.

فإن وقع الاختلاف في إسلام الابن المختلف فيه فيما مضى، وهو مسلم للحال، والحال يدل على ما مضى، إذا لم يعرف حدوثه للحال، كما في مسألة الطاحونة، ووجه الفرق بينهما، وهو أن تحكيم الحال إنما يجوز لإثبات ما مضى إذا كان ما ثبت في الماضي ثابتاً للحال؛ لأن الحال يدل على الماضي إذا لم يعرف حدوثه للحال، فأما إذا لم يكن ثابتاً للحال لا يجعل حكماً على ما مضى.

ألا ترى أن في مسألة الطاحونة لو اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة، واختلفا في مقداره، بأن قال المستأجر: كان الماء منقطعاً شهرين، وقال صاحب الطاحونة: لا، بل انقطع شهراً، فإنه لا يحكم الحال، ولكن القول قول المستأجر مع يمينه؛ لأنهما اختلفا في مقدار مدة الانقطاع. ومقدار مدة الانقطاع غير ثابت، إنما الثابت نفس الانقطاع إذا كان الماء للحال منقطعاً، لا انقطاع مقدر بشهر أو شهرين، فكذلك إن كان القائم الجريان، وفي مسألتنا حاصل الخلاف وقع في مقدار مدة الإسلام، لا في نفس الإسلام أنه كان، أو لم يكن، والثابت في الحال نفس الإسلام، لا إسلام مقدر بقدر بشهر أو شهرين، بخلاف ما لو اختلفا في انقطاع الماء فادعى المستأجر الانقطاع، وأنكر صاحب الطاحونة، وذلك لأن الاختلاف وقع في نفس الانقطاع فيما مضى، لا في مقداره، ونفس الانقطاع للحال يدل على ثبوته فيما مضى إذا لم يعرف حدوثه للحال معاينة، فوجب تحكيم الحال على ما مضى.

١٥٤٤٦ - وإذا كانت الدار في يدي ذمي، فادّعى رجل مسلم أن أباه مات وتركها

الفول قول المسلم

ولو أقاما جميعاً على مقالتهما بينة، أخذت بينة المسلم؛ لأن المدعي لكفر الميت لو كان مساوياً لمدعي الإسلام في الاستحقاق بأن كان ابنا كانت بينة المسلم أولى، فإذا لم يكن مساوياً له في الاستحقاق أولى أن يكون البينة بينته.

ولو أقام الأخ بينة من أهل الذمة على ما قال، ولم يقم الابن بينة لم أجز بينة الأخ؛ لأن بينة الأخ ليست بحجة على الابن؛ لأنه مسلم، ولا شهادة للكافر على المسلم، فصار وجودها وعدمها بمنزلة. فأما إذا قام الأخ مسلمين على ما ادعى من كفر الميت، فالآن يقضي بالميراث للأخ؛ لأن سبب الحرمان ثبت في حق الابن، وهو كفر الميت؛ لأن الأخ أقام البينة على الكفر، ولم يقم الابن بينة، وإنما له مجرد الدعوى، ولا عبرة للدعوى بمقابلة البينة، وكان بمنزلة ما لو أقام الأخ البينة أن الابن قتل الأب، والابن يقول: لم أقتل، كان الميراث للأخ، بخلاف ما لو أقام البينة، أو لم يقم لهما بينة؛ لأن هناك الموجود مجرد الدعوى من الجانبين، أو الدعوى مع البينة، ولا مساواة بين الدعويين وسبب الاستحقاق، وحالة المساواة المسلم منهما أولى، فحالة عدم المساواة أولى أن يكون أولى.

٥١٤٨٠ - وإذا كانت الدار ميراثاً في يدي ورثة، فقالت امرأة الميت وهي مسلمة: زوجي كان على ديني في الأصل، ومات وهو مسلم، وقال أولاده وهم كفار: بل مات أبونا وهو كافر، وللميت أخ مسلم، فإن القول قول المرأة؛ وذلك لأن المرأة ساوت الأولاد في الدعوى وسبب الاستحقاق، وعند الاستواء في الدعوى وسبب الاستحقاق يرجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام، كما لو كان للميت ابنان، وأحدهما مسلم يدعي إسلامه، والآخر كافر يدعي كفره، وإنما قلنا: استويا في الدعوى؛ لأن كل واحد منهما تمسك بما هو ثابت في الأصل من وجه، وبما هو حادث من وجه، فاستويا في الدعوى والإنكار.

وإنما قلنا: استويا في سبب الاستحقاق؛ لأن الزوجية سبب لاستحقاق الإرث كالولاد، ألا ترى أن المرأة تستحق الميراث على كل حال، ولا تحجب وارث آخر كالولد، إلا أن الولد يستحق الأكثر، والمرأة الأقل، إلا أن العبرة لاستوائهما في أصل

الاستحقاق ، لا في مقدار نصيب كل واحد . ألا ترى أن مدعي الإسلام منهما لو كانت ابنة مسلمة ، والمدعي للكفر ابنًا كافرًا ، كان القول قول الابن ؛ لأنه ساواها في الدعوى والإنكار ، وفي أصل الاستحقاق إن لم يساوها في قدر الاستحقاق . فكذا هنا ، وإنما جعلنا القول قول المرأة ؛ لأن سبب إسلام الميت قولها . فكان كالثابت بالبينة ، ولو ثبت بالبينة كان ما بقي بعد فرض المرأة للأخ لا للولد . فكذا إذا ثبت بقولها .

ولو لم يكن له امرأة وكان له ابن كافر وأخ مسلم ، فقال الأخ المسلم : مات على ديني ، وقال الابن : لا بل مات كافرًا ، فإن القول للابن ، ولم يترجح قول الأخ بسبب الإسلام ، وقد استويا في الدعوى ، فإن كل واحد منهما ادعى ما هو ثابت في الأصل من وجه ، وما هو حادث من وجه ، وفي مسألة الزوجة مع الولد ، وفي مسألة الابنين قد استويا في الدعوى والإنكار ، فرجح قول المسلم منهما بسبب الإسلام

ووجه الفرق بينهما : أن في مسألة الابنين إنما اعتبرنا الإسلام مرجحًا ؛ لأنهما استويا في الدعوى والإنكار ، وفي سبب الاستحقاق أيضًا ، فإن سبب الاستحقاق لكل واحد منهما البنوة ، فرجحنا قول أحدهما بسبب الإسلام ، والابن والأخ وإن استويا في الدعوى والإنكار ، لم يستويا في سبب الاستحقاق ، فإن سبب الاستحقاق للابن البنوة ، وسبب الاستحقاق للأخ الأخوة ، ولا مساواة بينهما في الاستحقاق ، فإن الابن لا يحجب بأحد ، والأخ يحجب بالابن ، ولما لم يستويا في الدعوى وسبب الاستحقاق ، لم يجز أن يعتبر الإسلام مرجحًا ، وكذلك لو كان له ولد صغير بين أبوين كافرين ، وله جد مسلم ؛ فإنه لا يحكم بإسلامه تبعًا للجد ؛ لأنه لا مساواة بين الجد والأبوين في سبب التبعية ، وهي الولادة ؛ لأن الولادة بين الأبوين ثابتة من غير واسطة ، وللجد مع الواسطة ، ولما لم يستويا في سبب التبعية ، لم يعتبر الإسلام مرجحًا ، فكذا هنا - والله أعلم بالصواب .

الفصل الثاني عشر
في المسائل التي تتعلق بحدود المدعى والمشهود به

١٥١٤٩ - بعض مسائل هذا الفصل ذكرناه في كتاب أدب القاضي، ونذكرها ههنا ما لم نذكر ثمة، ذكر في فتاوى أهل سمرقند: إذا قال الشاهد بالفارسية: اين مدعى عليه اين محدود را به همه حدها وحقها وى بفروخت باين مدعى، ولم يقل: بهمه حدها وحقها، فالشهادة صحيحة، قال ثمة: وقد وقعت هذه المسألة مرة بسمرقند، ومشايخنا أجابوا بالصحة، وهذا لأن معنى قوله: محدود، مع حدوده؛ لأن الحد يدخل تحت البيع، ولو شهدوا به همه حدهاى وى، أليس أنه تصح الشهادة، كذا ههنا. قالوا: والصحيح من الجواب أن يقول: إذا ذكر في الحدود لزيق دار فلان، أو ينتهي إلى دار فلان، أو ما أشبهه، فالشهادة صحيحة، وإن ذكروا دار فلان، أو ذكروا في الحدود الطريق أو المسجد، لا تصح الشهادة.

١٥١٥٠ - وفي كتاب الشروط: إذا كتب أحد حدود هذه الدار دار فلان، والثاني والثالث والرابع كذلك، لا يكتب: اشتراها بحدودها؛ لأن الحد يدخل، وإذا كتب أحد حدوده ينتهي إلى دار فلان، أو يلازق دار فلان، يكتب: اشتراها بحدودها.

وإذا غلط الشاهد في أحد الحدود لا تقبل شهادته بخلاف ما إذا ترك أحد الحدود، وقد ذكرنا هذا في كتاب أدب القاضي، ولم يثبت غلط الشاهد في ذلك بإقرار الشاهد أنه غلط في ذلك، أما لو ادعى المدعى عليه أن الشاهد قد غلط في حدوده أو في بعضها، لا تسمع دعواه، ولو أقام البينة على ذلك، لا تسمع بينته، هكذا حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي وشمس الأئمة الأوزجندي، وهذا لأن دعوى المدعى عليه على الشاهد إنما يكون بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه؛ لأن الشهادة لا تكون إلا بعد دعوى المدعي وجواب المدعى عليه، والمدعى عليه متى أجاب المدعي عن دعواه، فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود، فيصير بدعوى الغلط بعد ذلك في الحدود كلا أو بعضا مناقضا.

أو يقول : تفسير دعوى الغلط في أحد الحدود أن يقول المدعى عليه : أحد الحدود ليس كما ذكره الشهود ، أو يقول صاحب أحد الحدود ليس بهذا الاسم الذي ذكره الشهود ، وكل ذلك نفي ، والشهادة على النفي لا تقبل .

٥١٥١ - وكذلك لو ادعى المدعى عليه إقرار المدعي بغلط الشاهد في الحد ، لا يسمع دعواه .

وحكي عن شمس الأئمة السرخسي أنه قال : إذا أخطأ الشاهد في بعض الحدود ثم تدارك ، وأعاد الشهادة ، وأصاب ذلك ، قبلت شهادته عند إمكان التوفيق ، سواء تدارك في ذلك المجلس ، أو في مجلس آخر ، وتفسير إمكان التوفيق أنه قال : كان صاحب الحد فلانا ، إلا أنه باع داره من فلان ، ونحن ما علمنا به ، أو يقول : كان اسم صاحب الحد ما قلت ، إلا أنه سمي بعد ذلك بهذا الاسم ، ونحن ما علمت ، وعلى هذا فنهم هذا ، هذا إذا ترك الشاهد أحد الحدود ، أو غلط فيه ، وأما إذا ترك المدعي أحد الحدود ، أو غلط فيه ، فهو على نحو ما ذكرنا في الشاهد .

٥١٥٢ - وإن ادعى المدعى عليه أن المدعي أخطأ في أحد الحدود ، وكان ذلك بعد ما قضى على المدعى عليه بنكوله ، أو ببينة ، لا يصح دعواه لوجهين : أحدهما : ما ذكرنا في فصل الشاهد أن المدعى عليه في دعوى الغلط بعد ما أجاب المدعي عن دعواه مناقض ، والثاني : إن دعواه الخطأ في الحدود ليس فيه أكثر من إنكاره أن المحدود[1] المدعى في يده ، أو أن المحدود الذي يدعي ليس ملك المدعي ، ولا يندفع عنه دعوى المدعي من هذين الوجهين ، وإن أقام على ذلك بينة ، كما مر .

٥١٥٣ - إذا ذكر في الدعوى أو في الشهادة أحد حدود الأرض المدعى لزيق أرض فلان ، وفلان في القرية التي فيها الأرض المدعى أراضي كثيرة مختلفة متفرقة ، صحت الدعوى ، وصحت الشهادة ، وإن كان فيه نوع جهالة ، إلا أنها تحملت للضرورة ، فإنه عسى لا يكون لأرض فلان علامة يمكن تعريفها بتلك العلامة ، وهذا هو الغالب من حال الأراضي في القرى ، فيتعين للتعريف ذكر اسم صاحبه ، ألا ترى أنه إذا ذكر في اسم صاحب أحد الحدود محمد بن أحمد ابن محمد فذلك يكفي ، وإن كان فيه نوع جهالة ، لأن

(١) هكذا في ظ ، م ، وفي الأصل : يد الحدود

كثيراً من الناس يكونون بهذا الاسم والنسب، وقد تحمل تلك لمكان الضرورة، فكذا ههنا.

١٥١٥٤- ولو ذكر في الحدود كنية صاحب الحد أبو فلان، أو ذكر ابن فلان، فذلك لا يكفي إلا إذا كان صاحب الحد مشهوراً بذلك، كشهرة أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وقد ذكرنا نظير هذا في كتاب القاضي، ولو ذكر في الحدود لزيق أرض ميان ديهي، فذلك لا يكفي؛ لأن ميان ديهي مجهول جهالة متفاحشة، فالأراضي التي غاب أربابها، أو مات أربابها، ولا وارث لهم تسمى ميان ديهي، وكذلك الأراضي التي تركها ملاكها على أهل القرية بالخراج يسمى ميان ديهي، وكذلك الأراضي التي تركت لرعي الدواب، ولم يدخل تحت القسمة يسمى ميان ديهي.

١٥١٥٥- وكذلك إذا ذكر في الحد لزيق أرض وقف، فذلك لا يكفي. وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء، أو على مسجد كذا، أو ما أشبهه، وكذلك إذا ذكر في الحد لزيق أرض ورثة فلان، فذلك لا يكفي؛ لأن الورثة مجهولون، فمنهم صاحب فرض، ومنهم عصبة، ومنهم ذو أرحام، فكان مجهولاً جهالة متفاحشة، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا أن هذا وارث فلان، فالقاضي لا يقبل شهادتهم، وإنما لا يقبل لمكان الجهالة في الوارث.

توضيحه: إن المقصود من ذكر الحد، وذكر صاحب الحد التعريف، وربما يكون صاحب الحد من جملة ذوي أرحام فلان، ويكون بعيداً عنه بحيث لا يعرفه الناس وارثاً لفلان مع كونه وارثاً له حقيقة، فلا يحصل به التعريف.

١٥١٥٦- وإذا ادعى أرضاً مثلثة، وذكر حدين لا غير، والشهود أيضاً ذكروا حدين لا غير، تصح الدعوى، وتصح الشهادة، وهذا وما لو ذكر الحدود الثلاثة في الأرض المربعة على السواء، وإذا شهدوا بملكية أرض، وبيّنوا حدودها، وقالوا: هي مقدار خمس مكاييل بذر، والمدعي بذلك ذكر ذلك في دعواه، وأصابوا في بيان الحدود، إلا أنهم أخطأوا في بيان المقدار، فهي تسع[1] قدر ثلاث مكاييل بذر

حكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن السعدي أنه قال: لا تبطل دعوى المدعي،

---

(١) هكذا في الأصل، وكان في غيره: تسمع.

ولا شهادة شهوده؛ لأن بيان قدر مقدار البذر بعد ذكر الحدود غير محتاج إليه، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وأجاب بعض مشايخ زمانه ببطلان الدعوى والشهادة، وقد قيل: يجب أن تكون المسألة على التفصيل: إن شهدوا بحضرة الأرض المدعى بها، وأشاروا إليها تقبل، ويلغو ذكر الوصف، وهو بيان قبول مقدار البذر، وإن شهدوا بغيبة الأرض، لا يثبت بهذه الشهادة ملكية أرض تسع فيها خمس مكاييل بذر، وقيل: لا تقبل البينة على كل حال، وهو الأظهر والأشبه بالفقه، وهذا جعل الحد طريق العامة، لا يشترط أن يذكر طريق القرية، أو طريق البلدة، ويجب أن يعلم أن الطريق يصلح حداً، ولا حاجة فيه إلى بيان الطول والعرض، إلا على قول شمس الأئمة السرخسي؛ وأنه كان يقول: يبين الطريق بالذراع.

١٥١٥٧- والنهر لا يصلح حداً عند بعض أهل الشروط، وكذلك السور، وهو رواية عن أبي حنيفة، وظاهر المذهب أنه يصلح حداً، وفي اشتراط حدود المسنيات نحو الطريق والمقبرة والحياض اختلاف المشايخ، فمنهم من شرط ذلك، ومنهم من لم يشترط، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يقول: إذا كانت المقبرة تلاً لا يحتاج إلى ذكر حدودها، وإذا لم تكن تلاً يحتاج؛ لأنه عسى يزداد.

١٥١٥٨- وإذا ادعى محدوداً في يدي رجل، وأحد حدوده، أو جميع حدوده متصل بملك المدعي، لا يحتاج إلى ذكر الفاصل؟ فقيل: لا يحتاج، ولو كان متصلاً بملك المدعى عليه، يحتاج إلى ذكر الفاصل؛ لأن في الوجه الأول اختلاف اليد حاصل، ولا كذلك في الوجه الثاني، وقيل: إن كان المدعى أرضاً، فكذلك الجواب، وإن كان بيتاً أو داراً، أو منزلاً، فلا حاجة إلى الفاصل، والجدار فاصل.

وإن كان المدعى أرضاً، واحتيج إلى ذكر الفاصل، وقد ذكروا الفاصل شجرة، فكذلك لا يكفي، هكذا حكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي، وهذا لأن الشجرة لا تحيط بجميع المدعى به، والفاصل يجب أن يكون محيطاً بجميع المدعى به حتى يصير المدعى به معلوماً.

١٥١٥٩- وإذا ادعى أرضين بحدود معلومة، ثم ترك الدعوى في أحد الأرضين، وادعى الأرض الأخرى، ولم يذكر المحدود، فقد قيل: لا تصح

الدعوى، ولا الشهادة لمكان الجهالة.

١٥١٦٠- وإذا ادّعى محدودًا في موضع كذا، وبيّن الحدود، ولم يبيّن أن المحدود ما هو؟ كرم أو أرض، أو دار، هل يوجب هذا جهالة في المدعى به، وإذا شهد الشهود على هذا الوجه، هل تقبل شهادتهم؟

حكي فتوى شمس الأئمة السرخسي: أنه لا تصح هذه الدعوى، ولا تقبل هذه الشهادة، وحكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندي: أن المدعي إذا بيّن المصر والمحلة والموضع والحدود، تصح الدعوى، ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعى به.

وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سمع قاض هذه[1] الدعوى، يجوز، وقيل: ذكر المصر والقرية، وذكر المحلة والسكة ليس بلازم.

١٥١٦١- وإذا ادّعى ألف درهم ثمن دار مقبوضة، ولم يذكر حدود الدار، والشهود شهدوا كذلك، فالدعوى صحيحة، والشهادة مقبولة؛ لأن الدار إذا كانت مقبوضة، فلا حاجة إلى القضاء بها، فترك الحدّ فيها لا يضر.

وإذا قال الشهود في شهادتهم: أحد حدود هذه الدار لزيق شط الوادي، ثم أقر المدعي أن بين شط الوادي وبين الأرض المدعى طريق العامة، بطلت شهادة شهوده؛ لأنه أكذب الشهود في بعض ما شهدوا به، وأنه يوجب بطلان الشهادة في الكل.

وإن ظهر ذلك بإخبار رجل من المسلمين، لا تبطل الشهادة، وإن ظهر ذلك عند القاضي بما هو طريق حصول العلم، بطلت الشهادة في مقدار الطريق، وتقبل فيما سواه، وقيل: لا تقبل الشهادة؛ لأنه اختلف الحدّ.

١٥١٦٢- وكذلك إذا شهد الشهود أن هذه الأراضي ملك هذا المدعي، ثم ظهر أن في ذلك الأرض طريق العامة، إن ظهر ذلك بإقرار المدعي، لا تقبل شهادة شهوده، وإن ظهر ذلك بإخبار واحد من المسلمين، لا يمنع قبول الشهادة، وإن حصل

---

(١) وفي ف: لو سمع قاضي جواب هذه الدعوى.

العلم للقاضي بما هو طريق حصول العلم، لا تقبل الشهادة في الطريق، وتقبل فيما سواه.

وإن كان الدار معروفًا لابد من ذكر الحدود عند الدعوى والشهادة عند أبي حنيفة، وقالا: إذا كان الدار معروفًا، مثل دار عمرو بن الحارث بالكوفة، تقبل الشهادة من غير ذكر الحدود، وتصح الدعوى أيضا - والله أعلم -.

الفصل الثالث عشر

في شهادة الوارث بالوصية والرجوع، وفي شهادة الوصي للميت وفي شهادة الوكيل للموكل

١٥٦٦٣ - قال محمد في الزيادات: إذا مات الرجل وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لا مال له غيرهم، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، وشهد وارثان أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، فهذا على وجهين: الأول: أن تكون هذه الشهادة من الوارثين قبل قضاء القاضي بالوصية الأولى، وفي هذا الوجه القاضي يقبل شهادة الوارثين، ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، أو لم يذكرا رجوعًا عنها، غير أنهما إن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، بقيت الوصية الأولى، ووجبت الوصية الثانية، ووجب ضرب كل واحد منهما في الثلث؛ لأن محل الوصيتين الثلث، فيأخذ كل واحد منهما نصف العبد الموصى به له، وإن ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى، بطلت الوصية الأولى، ويكون العبد الثاني للموصى له الآخر اعتبارًا للثابت بالبينة بالثابت عيانًا.

وإن كان القاضي قضى بالوصية الأولى، ثم شهد الوارثان بما ذكرنا، لا تقبل شهادتهما، ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى أو لم يذكرا رجوعًا، إن ذكرا رجوعًا؛ لأنهما بشهادتهما يبطلان قضاء القاضي عليهما؛ لأن الوارث يصير مقضيًا عليه بطريق الخلافة عن الميت، وبهذا لو أن الوارث لو ادعى لنفسه ملكًا مطلقًا، لا يصح دعواه، وإنه لا يصح لغيره؛ لأنه مقضيًا عليه، ولأنهما بهذه الشهادة يعيدان العبد الأول إلى ملكهما؛ لأن العبد الأول قد زال عن ملكهما بقضاء القاضي، وفي ذلك مانع قبول الشهادة، ولا شيء للثاني بحكم إقرارهما؛ لأنهما أقرا بحق الثاني من الثلث على الوصية، والقاضي جعل كل الثلث للأول، فلم يبق محل حق الثاني، فلهذا لا يسلم له شيء.

الاستحقاق وضيق المحل

وإن ذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى ، لا تقبل شهادتهما على الرجوع ؛ لما فيه من إبطال قضاء أمضي عليهما ، وقبلت شهادتهما على الوصية الثانية ، إذ ليس فيه إبطال قضاء أمضي عليهما ، وليس من ضرورة بطلان الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى بطلان الشهادة على الوصية الثانية ، إذ يتصور الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى بدون الشهادة على الوصية الثانية ، ويتصور الشهادة على الوصية الثانية بدون الشهادة على الرجوع عن الوصية الأولى .

ولو كان القاضي دفع العبد إلى الموصى له الأول بشهادة الفريق الأول ، ودفع العبدين إلى الوارثين على وجه القسمة ، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بهذا العبد بعينه لهذا الآخر ، لا تقبل شهادتهما ، وإن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى ؛ لأن هذه الشهادة تتضمن نقض تسليم القاضي في بعض العبد ، ونقض قسمته ؛ لأن القاضي قسم العبيد بينهم أثلاثًا ، فلو قبلت هذه الشهادة تصير القسمة أسداسًا ، وتسليم القاضي وقسمته قضاء منه ، فكما لم تقبل شهادتهما إذا تضمنت إبطال القضاء ، فكذا إذا تضمنت إبطال التسليم والقسمة .

وكذا لو أن القاضي قضى بالوصية الأولى ، ثم شهد الوارثان أن الميت أعتق هذا العبد بعينه في مرضه ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنها لو قبلت تضمنت نقض القضاء بالوصية الأولى ؛ لأن العتق الموقع أولى بالاعتبار من سائر الوصايا .

ولو أن رجلًا مات وترك ثلاثة أعبد ، قيمتهم على السواء ، لا مال له غيرهم ، فشهد شاهدان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل ، ثم شهد وارثان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل الآخر ، إن كانت الشهادة للوارثين قبل قضاء القاضي بالوصية للأول ، قبلت شهادتهما ؛ لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ، ولا إعادة شيء زال عن ملكهما إليهما .

وإن كانت شهادتهما بعد قضاء القاضي بالوصية للأول ، إن لم يذكرا رجوعًا عن الوصية الأولى ، قبلت شهادتهما ؛ لأن هذه الشهادة لا تتضمن نقض القضاء ، ولا إعادة شيء زال عن ملكهما ، وإن ذكرا رجوعًا لا تقبل شهادتهما على الرجوع ؛ لأنها تتضمن

إبطال القضاء، وتقبل شهادتهما على الوصية الثانية؛ لأنها لا تتضمن إبطال القضاء، ثم يشتركان في الثلث بحكم المزاحمة وصيتي الثلث.

١٥١٦٤ - ولو أن الوارثين شهدا أن الميت أعتق هذا العبد في مرضه، وكان ذلك بعد قضاء القاضي بالوصية الأولى، لا تقبل شهادتهما؛ لأنها لو قبلت بطل قضاء القاضي بالوصية الأولى؛ لأن العتق الموقع يقدم على سائر الوصايا، ولكن يعتق العبد؛ لأنهما أقرا بعتقه، ولهما فيه ملك، ويجب على العبد السعاية؛ لما ذكرنا، وتكون ثلث السعاية للموصى له؛ لأنه استحق الثلث من كل التركة، والثلثان للورثة، فإن قال الموصى له بالثلث: قد وجب لي ثلث هذا العبد بوصيته، وقد أتلف الوارثان علي حين أقرا بعتقه، فلي أن أضمنهما، ليس له ذلك؛ لأن الوارثين ما أعتقا هذا العبد، وما أقرا بعتقه بإعتاق منهما، وإنما حكيا الإعتاق من جهة الميت، ولا ضمان في مثل هذا، كرجلين اشتريا عبدًا، وأقر أحدهما أن البائع كان أعتقه، فإنه لا يضمن لشريكه شيئًا، كذا ههنا.

ولو أن القاضي قسم العبد بين الورثة وبين الموصى له الأول، فأعطى الموصى له الثلث، والورثة الثلثين، ثم شهد الوارثان أن الميت أوصى بثلث ماله لهذا الرجل الآخر، لا تقبل شهادتهما؛ لأن هذه الشهادة تتضمن نقض تنفيذ القاضي وقسمته.

قال في الكتاب: ألا ترى أن الوارثين لو أقرا بدين على الميت لرجل، ومعهما ورثة غيرهما، فلم يقض القاضي بشيء بحكم إقرارهما حتى شهدا لذلك الرجل على الميت بذلك الدين، قبلت شهادتهما عليهما وعلى باقي الورثة، حتى يستوفي جميع الدين من جميع التركة.

ولو كان القاضي قضى بالدين عليهما في نصيبهما حين أقرا بالدين، ثم شهدا بعد ذلك لصاحب الدين بالدين على الميت، فالقاضي لا يقبل شهادتهما على باقي الورثة؛ لأن بقضاء القاضي يثبت الدين على الميت في حقهما، واستحق جميع ذلك في نصيبهما، فهما بهذه الشهادة ينقضان ذلك القضاء، ويحولان بعض ما لزمهما في نصيبهما إلى باقي الورثة.

أورد (١) هذه المسألة لبيان أن الشهادة إذا تضمنت نقض القضاء لا تقبل، والفصل الأول يصير حجة للشافعي رحمه الله في مسألة أحد الورثة إذا أقر بدين على الميت، وكذبه باقي الورثة، فعندنا يستوفي كل الدين من نصيب الوارث المقر، وعند الشافعي رحمه الله يلزمه بقدر حصته.

ووجه الاحتجاج به أنه لو كان يلزم المقر كل الدين في نصيبه، كان بالشهادة ساعياً في قصر ما لزمه إلى غيره، فينبغي أن لا تقبل شهادة الوارثين بالدين لصاحب الدين على الميت قبل قضاء القاضي عليهما بالدين في نصيبهما، كما لا تقبل لو شهدا بعد ما قضى القاضي عليهما بالدين في نصيبهما، وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه، فكان الحال فيه قبل القضاء وبعد القضاء سواء، ولا كذلك الشهادة، لأن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها ما لم يتصل بها قضاء القاضي، فجاز أن يفترق الحال فيها قبل القضاء وبعده.

والجواب: إنما قلنا إن مجرد الإقرار لا يلزم كل الدين في نصيب المقر ما لم يتصل به قضاء القاضي، وبيان ذلك من وجهين، أحدهما: أن هذا الإقرار في معنى الشهادة، لأنه إقرار على الغير، وهو الميت، فكما أن الشهادة التي فيها حجة القول على الغير لا تصير موجبة إلا بقضاء القاضي، فكذا الإقرار الذي هو في معنى الشهادة.

والثاني: أنه يحتمل أن [illegible] بينة على ذلك، أو يصدقه باقي الورثة، فلو ألزمنا المقر جميع الدين في نصيبه للحال، فقد ألزمناه الدين مع الاحتمال، وأنه لا يجوز، وعند انقطاع هذا الاحتمال، يلزم كل المال في نصيبه بقضاء القاضي، فإذا شهدا قبل القضاء لم يحولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، فتقبل شهادتهما، وإذا شهدا بعد القضاء فقد حولا إلى غيرهما بعض ما لزمهما، فلا تقبل شهادتهما.

فإن قيل: إذا كان لا يلزم المقر كل الدين في نصيبه بمجرد إقراره، فمن أي طريق يقضي القاضي عليه بكل الدين؟

قلنا: طريقه أن الدين يقضى من أيسر المالين قضاء، ألا ترى أنه إذا كان في التركة دين وعين، فالدين يقضى من العين دون الدين، وكذا إذا كان بعض التركة حاضراً وبعضها غائباً، فالدين يقضى من الحاضر.

---

(١) وفي الأصل ...

إذا ثبت هذا فنقول: إذا لم يجد رب الدين بينة، ولم يصدقه باقي الورثة، فنصيب الدين من نصيب المقر أيسر، فقضي عليه، وإن كان الدين متعلقاً بكل التركة. قال في الكتاب أيضاً: ألا ترى أن رجلاً مات وشهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما شهد الوارثان أنه رجع عنه، وأوصى إلى هذا الثاني، أمضى القاضي شهادتهما إذا كان الثاني يدعي ذلك.

ولو كان القاضي قضى للأول، ثم شهد الوارثان بذلك، فالقاضي لا يقبل شهادتهما؛ لأنها تضمنت إبطال قضاء القاضي أورد[1] هذا الفصل أيضاً كما تقدم أيضاً، ثم لم يقبل[2] منهما لأن شهادة الوارثين تقبل في حق الإيصاء إلى الثاني دون الرجوع عن الإيصاء للأول، كما ذكر فيما تقدم.

قال مشايخنا: وينبغي على قول أبي يوسف أن تقبل شهادتهما في حق الإيصاء إلى الثاني دون الرجوع عن الأول؛ لأن عنده أحد الوصيين ينفرد بالتصرف، فلم يكن في قبول شهادتهما في حق الإيصاء إلى الثاني دون الرجوع عن الأول نقض القضاء الأول، أما في قبول شهادتهما في حق الرجوع عن الأول نقض القضاء الأول، فأما على قولهما: لا تقبل هذه الشهادة أصلاً؛ لأن عندهما أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف إلا في أشياء معهودة استحساناً في ذلك على ما عرف في موضعه، فلو قبلت الشهادة في حق الإيصاء إلى الثاني، لم يبق الأول منفرداً بالتصرف بعد أن كان منفرداً، فكان في قبولها نقض القضاء الأول من حيث إن الأول لا يبقى منفرداً، فلا تقبل شهادتهما عندهما أصلاً.

١٥٤٦٥ - قال: رجل هلك، وترك ثلاثة أعبد، قيمتهم على السواء، لا مال له غيرهم، وترك ابناً لا وارث له غيره، فأقر الابن أن أباه أوصى بهذا العبد لفلان، فسمع القاضي إقراره، ولم يقض عليه بشيء حتى شهد هو ورجل آخر أن الميت أوصى بهذا العبد الآخر لهذا الرجل الآخر، قبل القاضي هذه الشهادة؛ لأن الوارث أقر على الميت بالوصية بالعبد الأول، وإقراره على الميت لا يلزمه شيء ما لم يتصل به قضاء القاضي.

---

(١) وفي ف: وأورد.

(٢) هكذا في م و ف، وكان في الأصل: ثم لم يقل.

على ما هو أول عقده، فلم يكن للشهادة منه بالوصية بالعبد للآخر إضافة إلى نفسه بعض ما صار مستحقا عليه، فلم يكن بهذه الشهادة دافعا عن نفسه مغرما، ولا جارا إلى نفسه مغنما، ولا ساعيا في نقض ما قد أمضى عليه، فقبلت، وإذا قبلت الشهادة، لا شيء للموصى له الأول؛ لأن وصيته ثبتت بالإقرار، والإقرار لا يعارض الشهادة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، والشهادة حجة متعدية، فعند تعذر اعتبارهما كان اعتبار الشهادة أولى، وإذا اعتبرت الشهادة صار كل الثلث مستحقا للموصى له الثاني، فلا يكون للموصى له الأول شيء.

ولو كان القاضي قضى على الوارث بالعبد بإقراره، ثم شهد مع أجنبي آخر على نحو ما بينا، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنها لو قبلت يبطل قضاء القاضي بالإقرار؛ لكون الشهادة أقوى من الإقرار، والسعي من الشاهد في نقض ما لزمه بقوله، فلهذا لا تقبل شهادته، وإذا لم تقبل هذه الشهادة، لا شيء للموصى له الثاني؛ لأن الثلث صار مستحقا للأول بكماله بتسليم القاضي إليه، ومضت الوصايا بالثلث، فلم يبق منه شيء.

وكذلك لو كانت الشهادة الثانية في العبد المقر بعينه، كان الجواب على التفصيل الذي قلنا: إن كانت الشهادة قبل قضاء القاضي عليه بإقراره قبلت، وإن كان بعد القضاء، لا تقبل، وإذا لم تقبل الشهادة، لا يضمن الوارث للمشهود له شيئا، سلم القاضي إلى المقر له حصلت الشهادة في العبد المقر بعينه، أو في عبد آخر؛ لأنه لو ضمن، إما أن يضمن بالإقرار، أو بالتسليم، لا وجه إلى الأول؛ لأن مجرد الإقرار لا يوجب شيئا هنا على ما مر، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن التسليم حصل بقضاء القاضي.

١٥١٦٦ - ولو كان الوارث حين أقر سلم العبد إلى المقر له بغير قضاء القاضي، ثم شهد للثاني بذلك العبد بعينه أو بعبد آخر، لا تقبل شهادته؛ لأنه بهذه الشهادة ساعي في نقض ما تم به، وهو التسليم، وسعي الإنسان في نقض ما تم به مردود، وإذا لم تقبل شهادته يضمن للثاني نصف قيمة العبد المقر به إن كان العبد واحدا، وإن كان عبدين ضمن نصف قيمة العبد المشهود به للثاني؛ لأنه لما شهد للثاني فقد أقر أنه سلم إلى الأول ما هو حق الثاني بغير حق، فيصير ضامنا له، ولو كان الوارث أقر بثلث ماله وصية لرجل، ثم شهد مع أجنبي بالثلث وصية لرجل آخر، إن كانت الشهادة قبل

منتقل عن الموصي به الأول إلى الوارث الموصي له، ولا حق للشاهدين فيه، فصار المنتقل إلى الوارث والمنتقل إلى الأجنبي سواء، وعلى قوله الآخر، وهو قول محمد: شهادة الوارثين على الرجوع باطلة؛ لأنهما شهادتهما على الرجوع شهادة لأنفسهما حقاً في الثلث، حتى إنهما إن شاءا أجازا الوصية للوارث، وإن شاءا لم يجيزا، فكانا متهمين في هذه الشهادة، بخلاف ما إذا شهدا للأجنبي؛ لأن هناك لا يتعلق نفاذ الوصية الثانية بإجازتهما، فانتفت تهمة الحق، أما هنا بخلافه.

١٤١٦٩ - قال محمد في «الزيادات»: رجل مات وقد كان أوصى إلى رجل، وقبل الوصي الوصاية بعد موته، ثم يخاصم الوصي عند القاضي حتى عزله القاضي عن الوصاية، ونصب للميت وصياً آخر، ثم إن الوصي الأول شهد للميت بمال، أو غيره على إنسان، فشهادته باطلة؛ لأن الميت بالإيصاء أقامه مقام نفسه بطريق الخلافة، فإذا مات وقبل الوصي الوصية، فقد قبل الخلافة، فتمت الخلافة، ونفذت الإقامة، فصار الوصي قائماً مقام الموصي كالوارث، ومن ضرورة قيامه مقام الموصي صيرورته خصماً فيما كان الموصي فيه خصماً، وإذا صار خصماً، خرج من أن يكون شاهداً، وبعدما خرج الإنسان من أن يكون شاهداً في حادثة، لا يعود فيها شاهداً أبداً، هكذا ذكر المسألة في «الزيادات»، وفي شرح حيل الخصاف: أن شهادة الوصي بعدما خرج عن الوصاية للميت مقبولة، فصار في المسألة روايتان.

هذا إذا قبل الوصي الوصاية بعد موت الموصي، فلو أنه لم يقبل ولم يرد حتى شهد عند القاضي، فالقاضي يقول له: أتقبل الوصاية أم تردها؟ فإن قبل أبطل شهادته لصيرورته خصماً من وقت الموت، وإن رد أمضى شهادته لعدم صيرورته خصماً، وإن سكت ولم يجب بشيء، توقف القاضي في شهادته؛ لأن سبب الرد موقوف؛ لأن سبب الرد صيرورته خصماً، وصيرورته خصماً بثبوت الخلافة، والخلافة لا تثبت إلا بالقبول، فإذا كان في سبب الرد توقف كان في الشهادة توقفاً، وصار كالشفيع إذا شهد بالبيع إن طلب الشفعة، بطلت شهادته، وإن سلم قبلت شهادته، وإن سكت ولم يخبر بشيء، توقف القاضي في شهادته، كذا هنا.

١٤١٧٠ - قال: رجل وكل رجلاً بالخصومة في شيء قبل فلان، وقبل الوكيل

الوكالة، ثم عزله الموكل، فشهد للموكل في ذلك الشيء، ينظر إن كان الوكيل قد خاصم فيه قبل أن يعزله، لم تقبل شهادته، وإن كان لم يخاصم فيه، قبلت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف لا تقبل، وهذا بناء على أن عند أبي يوسف بمجرد قبول الوكالة يصير خصماً خاصم أو لم يخاصم، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء، نفذ إقراره عليه، وهذا لأن الموكل بالتوكيل أقامه مقام نفسه، فإذا قبل الوكالة تمت الإقامة، وقام مقامه، كما في الوصاية، ألا ترى أن الإيصاء توكيل بعد الموت، فكان كالتوكيل في حالة الحياة.

وعندهما بمجرد قبول الوكالة لا يصير خصماً، ولهذا لو أقر على موكله في غير مجلس القضاء، لا ينفذ إقراره عليه عندهما، وفرقا بين التوكيل وبين الإيصاء.

والفرق: وهو أن الإيصاء إقامة نفس الوصي مقام نفسه بطريق الخلافة، فلا يتعلق ثبوتها وتمامها بالعمل، وهو الخصومة فيثبت على الإرث، فإن نفس الوارث لما كان يقوم مقام نفس المورث بطريق الخلافة، لا يتوقف قيامه على الخصومة حتى يصير الوارث خصماً بنفس موت المورث، خاصم أو لم يخاصم، وكذا الوصي، فأما التوكيل أمر بالفعل، وإقامة فعل الوكيل وهو الخصومة مقام فعل نفسه، لا إقامة نفس الوكيل مقام نفسه، ولكن إذا فعل الوكيل، وقام فعله مقام فعل الموكل، يقوم نفسه مقام نفسه، فقبل الفعل، وهو الخصومة لم يقم مقام الموكل أصلاً، فلم يصر خصماً، فقبلت شهادته، أما إذا خاصم فقامت خصومته مقام خصومة الموكل، فصار خصماً كالموكل، وخرج من أن يكون شاهداً، فلا تقبل شهادته بعد ذلك أبداً، فهذا هو الفرق بينهما.

ثم اشترط عندهما الخصومة في مجلس القاضي، حتى لو خاصمه في غير مجلس القاضي، وعزله الموكل قبل الخصومة عند القاضي، فشهد لموكله[1] تقبل شهادته له عندهما، وصار تقدير المسألة عندهما، كأن الموكل قال له: أنت وكيلي بالخصومة في مجلس القاضي، فلا يصير خصماً قبله.

١٤٤٧١ - قال: رجل وكّل رجلاً بخصومة فلان في كل حق هو له قبله بمحضر من القاضي، والقاضي يعرفهم، فقبل الوكيل الوكالة، ولم يخاصم فلاناً في شيء من

...

(١) وفي الأصل: فشهد الموكل.

ذلك حتى عزله الموكل عن الوكالة، ثم شهد الوكيل للموكل بشيء من ذلك الذي وكّله به، قبلت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن المانع من قبول الشهادة صيرورته خصمًا، والوكيل إنما يصير خصمًا عندهما بالخصومة، ولم توجد الخصومة، وإنما شرط علم القاضي بالتوكيل حتى لا يحتاج الوكيل إلى إثباتها لو أنكر الخصم الوكالة.

وإن كان الوكيل خاصم فلانًا في ألف درهم للموكل، وقضى القاضي، أو لم يقض حتى عزل، ثم شهد للموكل إن شهد بتلك الألف التي خاصم فيها، لا تقبل شهادته إجماعًا، وإن شهد بمال آخر، تقبل شهادته عندهما؛ لأنه إنما يصير خصمًا عندهما بالخصومة، والخصومة خصت تلك الألف، فصار خصمًا فيها، لا في مال آخر، ففي مال آخر انعدام المانع من قبول الشهادة، فقبلت.

ولو كان التوكيل بغير محضر من القاضي، فخاصم الوكيل فلانًا في ألف قبله للموكل، فأنكر وكالته، فأقام الوكيل بينة عليه بالوكالة، وقضى القاضي بالوكالة، وقضى بالألف أو لم يقض حتى عزل الموكل الوكيل، ثم شهد الوكيل للموكل على فلان بتلك الألف، أو بمال آخر، لا تقبل شهادته، بخلاف الوجه الأول، وهو ما إذا كان التوكيل بعلم القاضي.

والفرق: إن القاضي إذا لم يعلم بالوكالة، فالوكيل يحتاج إلى إثباتها بالبينة، ومن ضرورة إثباتها في هذا الحق بالبينة ثبوتها في سائر الحقوق؛ لأن التوكيل واحد، وقد حصل عامًا بكل حق، فلا يثبت في شيء حتى يثبت جملته، كما أثبته الموكل، والبينة إنما تعمل بعد الدعوى والخصومة، فإذا صار إثبات الوكالة بالبينة في هذا الحق إثباتًا لها في سائر الحقوق، صارت الخصومة في هذا الحق خصومة في سائر الحقوق لإثبات الوكالة فيها، فسقطت شهادته في عامة الحقوق بالخصومة فيها، إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة؛ لأن التوكيل بالخصومة في كل حق له قبل فلان إنما يتناول الحقوق الموجودة، ولا يتناول الحادث بعد التوكيل، فلا يصير خصمًا في الحادث بعد التوكيل، فلا يبطل شهادته، فأما إذا كان التوكيل بعلم القاضي، فالوكيل لا يحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضي لعلم القاضي بذلك؛ ليصير إثبات الوكالة في بعض الحقوق إثباتًا في جميع الحقوق، فتصير خصومته في بعض الحقوق خصومة في جميع الحقوق، فلهذا

اقترنا

واستشهد في الكتاب لإيضاح الفرق بين الوجهين، فقال: ألا ترى أن القاضي لو قضى بوكالته بالبينة، ثم مات أو عزل، ورفع حكمه إلى قاضي آخر، وثبت ذلك عنده، أمضى قضاء الأول، وجعل لهذا خصماً في كل حق يدعيه قبل فلان، ولو ثبت عند القاضي الثاني علم القاضي الأول بما جرى عنده من الوكالة لم يجعله خصماً، ولم يمض قضاء الأول؛ لأن علم القاضي حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، أما حكمه حجة في حق الكل، فإذا ظهرت التفرقة بين علم القاضي وحكمه في حق قاض آخر جاز أن يظهر التفرقة بينهما في حق مال آخر في حق قبول الشهادة.

١٥١٧٢ - قال: ولو أن رجلاً وكّل رجلاً بكل حق له قبل فلان وفلان وفلان بغير محضر من القاضي، فأحضر الوكيل واحداً من هؤلاء، وأقام بينة على أن فلاناً وكله بكل حق له قبل فلان وفلان وفلان، وقضى القاضي بوكالته، ثم عزل الموكل الوكيل، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل على هذا الذي أحضره بحق، أو على الآخرين، لا تقبل شهادته

١٥١٧٣ - وكذلك لو وكّله بكل حق له في مصر كذا، وبالخصومة فيه، فأحضر الوكيل رجلاً من أهل ذلك المصر، وادعى عليه حقاً لموكله، فجحد وكالته، فأقام الوكيل بينة أن فلاناً وكله بكل حق له في هذا المصر، وبالخصومة فيه، وقضى القاضي بوكالته، ثم عزل الموكل الوكيل، فشهد الوكيل بعد ذلك للموكل بحق، أو مال على ذلك الرجل، أو على غيره من أهل ذلك المصر، لم تقبل شهادته؛ لأنه صار خصماً للغائبين، كما صار خصماً للحاضر؛ لأن الخصومة مع الحاضر خصومة مع الغائبين؛ لكون الحاضر نائباً عن الغائبين

بيانه: أنه ما ادّعى على الحاضر من الوكالة لا يثبت إلا بإثباتها على الغائبين؛ لأن التوكيل واحد، وقد حصل عاماً، فصار المدعى على الغائبين سبباً لثبوت المدعى على الحاضر، فانتصب الحاضر خصماً عن الغائبين، ألا ترى أن القضاء على الحاضر صار قضاء على الغائبين، فكذا الخصومة مع الحاضر تكون خصومة مع الغائبين، فبطلت شهادته في حقهم جميعاً، إلا أن بين المسألتين فرقاً، فإن في مسألة المصر كما لا تقبل

شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة، لا تقبل شهادته له بحق حدث بعد الوكالة، وفيما إذا وكّل بالخصومة قبل فلان وفلان، لا تقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت الوكالة، وتقبل شهادته بحق حدث بعد الوكالة، وكذلك فيما إذا وكله بالخصومة مع شخص بعينه، ثم عزل الوكيل لا تقبل شهادة الوكيل للموكل بحق قائم وقت التوكيل، وتقبل شهادته بحق حدث بعد الوكالة، والقياس في مسألة المصر أن لا تقبل شهادة الوكيل بحق قائم وقت التوكيل، وتقبل شهادته بحق حدث بعد التوكيل اعتباراً للتقييد بالمكان بالتقييد بالشخص. إلا أنهم استحسنوا في مسألة المصر لمكان العرف، فإن العرف الظاهر فيما بين الناس أن من أراد سفراً يقيم غيره مقام نفسه يطلب كل حق له في مصره، ومراده من ذلك أن يقوم مقامه فيما هو واجب له، وفيما يحدث كيلا يضيع شيء من حقوقه، فلمكان العرف[1] صرفنا الوكالة إلى الكل.

وهو نظير من وكّل إنساناً بقبض غلاته، كان وكيلاً بالواجب وبما يحدث، وتنصرف الوكالة إلى الكل لمكان العرف، فإن من وكّل إنساناً بقبض غلاته يريد به الواجب وما يحدث، كيلا يحتاج إلى تجديد الوكالة في كل زمان، فلا يقع في الحرج، وإذا انصرفت الوكالة إلى الكل، صار خصماً في الكل، فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، ومثل هذا العرف لا يوجد فيما إذا وكّله بكل حق له قبل شخص بعينه أو قبل أشخاص بأعيانهم، فيعمل بظاهر اللفظ، وظاهر اللفظ يتناول القائم وقت التوكيل، لا ما يحدث بعد ذلك، فلم يصر خصماً فيما حدث بعد التوكيل، فجاز أن تقبل شهادته فيه.

فرع على مسألة المصر

١٥٢٧٤ - فقال: لو شهد بحق حدث بعد العزل: قبلت شهادته؛ لأنه لم يصر خصماً فيه؛ لأن التوكيل لم ينصرف إليه؛ لأن انصراف التوكيل إلى الحادث بعد التوكيل بحكم العرف، ولا عرف في الحادث بعد العزل، فيعمل فيه بظاهر اللفظ، وظاهر اللفظ لا يتناول الحادث بعد التوكيل، ولا الحادث بعد العزل.

(١) هكذا في م، وف، وكذا في الأصل وم: فكذا العرف.

قال: ولو كان هذا التوكيل بعلم القاضي، لم يبطل القاضي شهادته بعد العزل إلا فيما كان خاصم فيه بعينه قبل العزل، والفرق ما ذكرنا، قال: والتوكيل بكل حق له قبل الناس في انصرافه إلى القائم وقت التوكيل، والحادث بعده نظير التوكيل بكل حق له في مصر كذا، بل أولى؛ لأن هذا أعم؛ لأنه يتناول جميع الناس في كل مصر.

١٥١٧٥ - وإذا ادعى رجل أن فلاناً وكله وفلاناً الغائب في كل حق له قبل الناس، وأحضر رجلا ادعى عليه حقاً للموكل، وأقام البينة على وكالته على نحو ما ذكرنا، وقضى القاضي، صار الحاضر مع الغائب وكيلين، حتى إن الغائب إذا حضر، وادعى حقا على أحد لا يكلف إعادة البينة على الوكالة، فإن عزلهما الموكل، ثم شهدا بحق قبل هذا الرجل، أو قبل رجل آخر، لا تقبل شهادتهما القائم وقت الوكالة، والحادث بعد الوكالة في ذلك على السواء؛ لأن خصومة أحدهما لما جعل كخصومتهما، صار كأن وجدت الخصومة منهما، ولو وجدت الخصومة منهما في حق من الحقوق، كان ذلك بمنزلة الخصومة في سائر الحقوق القائم وقت الوكالة، والحادث بعد هذا سواء، لما مر، فهاهنا كذلك -والله سبحانه وتعالى أعلم-.

الفصل الرابع عشر

في الشك في الشهادة والزيادة فيها والنقصان عنها ووجود الشاهد بعد القضاء بشهادته بصفة لا تجوز شهادته

وشهادة الشهود بعد قضاء القاضي بخلاف ما قضى

١٥١٧٦- إبراهيم عن محمد: في شاهدين شهدا لرجل أن له على هذا درهماً أو درهمين، فالشهادة جائزة على درهم.

١٥١٧٧- وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: في رجل في يديه درهمان صغير وكبير، فأقر بأحدهما لرجل، ثم جحد، فشهد عليه بذلك شاهدان، أجزت[1] الشهادة على الصغير منهما استحساناً، وسواء أقر بأحدهما بغير عينه أو بعينه، ثم نسياه[2]، هكذا ذكر في فصل الإقرار، وإقراره بأحدهما بعينه، والنسيان مشكل يعرف بالتأمل.

قال: وكذلك المكيل كله، والموزون كله إذا كان صنفاً واحداً، فإني أقضي بالأوكس، وإذا اختلف النوعان، فإني أبطل الإقرار، قال: وكل شيء يقضى فيه بالقيمة، وقد صارت ديناً جعلت عليه أوكس القيمتين، نحو أن يشهد أنه غصب منه ثوباً هروياً أو مروياً، وأحرقه، وقالا: سماه لنا، أو قالا: سماه لنا أحدهما بعينه، فنسيناه، قضيت عليه بأوكس القيمتين.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: في رجلين شهدا لرجل بشهادة، ثم زادا فيها قبل أن يقضي القاضي بها أو بعده، وقالا: أوهمنا وهما غير متهمين قبل ذلك منهما.

١٥١٧٨- وروى بشر في "الإملاء" عن أبي يوسف: في رجل يشهد عند القاضي بشهادة، ثم يجيء بعد ذلك بيوم، فيقول: شككت في شهادتي في كذا وكذا منها، قال: إذا كان القاضي يعرفه بالصلاح، قبل شهادته فيما بقي، وإن كان لا يعرفه

---

(١) وكذا في الأصل: أجزت الشهادة.

(٢) هكذا في الأصل، وكذا في ظ وم: نسيناه.

بالصلاح فهذه تهمة ألحقت شهادته.

وكذلك لو قال: رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال، غلطت في ذلك أو نسيت. فهو مثل قوله: شككت. وإذا لم يقل الشاهد: قد شككت، ولكن قال: قد تعمدت ولم أعتمد، ثم بدا لي أن أرجع عن ذلك، لم تقبل شهادته فيما بقي، ولا في غير ذلك حتى يحدث توبة، ويعلمه القاضي.

وعن محمد: فيمن شهد عند القاضي، فلا يبرح مكانه حتى يقول: أوهمت بعض شهادتي جاز ذلك، وقبل شهادته إذا كان عدلاً، قال: وهو قول أبي حنيفة، وهكذا ذكر في الجامع الصغير.

١٥١٧٩ - وفي المنتقى: إذا شهد رجل على دار بحدودها، أو شهد بمال، ثم رجع عن بعض تلك الحدود أو عن بعض المال، قال محمد: إن كان عدلاً، ورجع في مكانه وقال: أوهمت استحسن أن أجيز شهادته إذا لم يكن في ذلك كذب من المشهود له.

١٥١٨٠ - وفي نوادر هشام عن محمد: رجل ادعى داراً في يدي رجل، وأقام شاهدين شهدا أن الدار له، ثم قال الشاهدان بعد ذلك عند القضاء: أن البناء ليس للمدعي، إنما هو للمدعى عليه، قال: إذا قالا ذلك قبل أن يتفرقا عن مجلس القضاء قبلت شهادتهما. وهذا استحسان ثم يقبل ذلك، وإذا قاما، أو طال ذلك، بطل شهادتهما.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا شهد الشهود بدار للمدعي، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم إن الشهود قالوا: لا ندري لمن البناء؟ فإني لا أضمنهم قيمة البناء، كأنهم قالوا: قد شككنا في شهادتنا. وإن قالوا: ليس البناء للمدعي، ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه.

١٥١٨١ - وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أيضاً: رجل مات وترك عبداً لا مال له غيره، وقيمته ألف درهم، ولا يعلم عليه دين، فأعتقه الوارث، ثم شهد العبد شهادات، واستقضى فقضى بقضايا، ثم أقام رجل بينة على الميت بدين، فإن العبد يرد رقيقاً، ويبطل عتقه وما شهد به من شهادة. فإن أبرأ الغريم الميت من الدين جاز عتقه

وحده، ولم يجز شيء من شهادته وقضائه.

وإن كان رجل قتل هذا العبد، غرم قيمته لورثة الميت، ولا يجعلها لورثة المولى، قال: ألا ترى أن لا مردد في الرق.

١٥١٨٢ - وروى إبراهيم عن محمد: في رجل أقام بينة أنه وصي فلان الميت، وقضى القاضي بوصايته، وأخذ ما للميت من الديون على الناس، ثم وجد البينة عبيدًا، فقد برئ الغرماء، ولو كان مثله في الوكالة لم يبرؤوا.

١٥١٨٣ - وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف: رجل شهد عليه شاهدان أن هذه الدار التي في يديه لفلان، فلم يقض القاضي بها حتى قالا: إنما شهدنا على العرصة، أجزت شهادتهما على ذلك، ولم يكن هذا رجوعًا، ولو قضى القاضي بها وبالبناء، ثم قالا: شهدنا على العرصة، ضمنتهما[1] قيمة البناء.

١٥١٨٤ - وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف: رجل مات، فقاسمت امرأته وبنيه الميراث، وهم كبار، وأقروا أنها زوجة الميت، ثم وجدوا شهودًا أن زوجها قد كان طلقها ثلاثًا في صحته، فإنهم يرجعون عليها بما أخذته من الميراث، وكذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف في امرأة اختلعت من زوجها بمال، ثم أقامت البينة أنه كان طلقها ثلاثًا قبل الخلع.

وكذلك أمة كاتبها مولاها، فأدت ثم أقامت البينة على إعتاق كان من المولى قبل الكتابة، وكذلك العبد وكذلك الزوج إذا قاسم أخ المرأة ميراثًا، وأقر أن هذا ميراث، وأن هذا زوج الميتة، وهذا أخوها، ثم إن الأخ أقام بينة أن الزوج قد كان طلقها ثلاثًا في حال حياتها: فذلك جائز، ويرجع الأخ فيما أخذ الزوج من الميراث، وقد تحقق التناقض في هذه المسائل، إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء؛ لأن الطلاق مما يستبد به الزوج، والعتاق مما يستبد به المولى، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى وسماع البينة.

---

(١) هكذا في ظا، ف، وكان في الأصل و"م": ضمنتها.

الفصل الخامس عشر
في الشهادة على الوكالة والوصاية

١٥١٨٥ - رجل أقام بينة عند القاضي أن فلانًا وكله بطلب كل حق له بالكوفة بالخصومة فيه، فهو جائز فيما صنع فيه، وليس معه خصم يدعي عليه حق، لم يسمع القاضي منه هذه البينة؛ لأنه يقيمها على غائب ليس عنه خصم حاضر، فإن أحضر رجلًا يدعي الوكيل أن للموكل عليه حقًا، وهو ينكر كونه وكيلًا، فأقام الوكيل بينة على وكالته، قضى القاضي عليه بكونه وكيلًا؛ لأنه أقام البينة على خصم حاضر، وصار الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو عاين القاضي توكيله، قضى بكونه وكيلًا، كذا ههنا.

فإن أحضر الوكيل رجلًا آخر من أهل الكوفة يدعي للموكل قبله حقًا، فأنكر الوكالة: لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة على الوكالة؛ لأن القاضي حين قضى بوكالته ببينة قامت على الأول، فإنما قضى بوكالته في حق جميع من بالكوفة؛ لأنه كان لا يتوصل إلى إثبات الوكالة على الأول إلا بإثبات الوكالة على الكل؛ لكون الوكالة واحدة بلفظ العام، فانتصب الذي حضر مجلس القاضي خصمًا عن جميع من بالكوفة، فصار القضاء عليه بالوكالة قضاء على الكل، وهو نظير ما لو مات رجل، فجاء رجل إلى القاضي، وأحضر معه رجلًا، فأقام بينة أنه ابن الميت، وأن للميت على هذا الذي أحضر مجلس القاضي دينًا، وقضى القاضي بنسبه يثبت نسبه عامًا في حق هذا المديون، وفي حق مديون آخر لما قلنا من المعنى، كذا ههنا.

ولو كان الشهود شهدوا أن فلانًا وكله بطلب حقه قبل فلان ابن فلان الفلاني، وبالخصومة فيه، لم يسمع القاضي شهادتهم ما لم يحضر فلان ابن فلان؛ لأن الخصم في هذه الوكالة متعين، فلا يصير غيره قائمًا مقامه إلا بإقامته، ولم يوجد.

ولو أن الموكل حضر عند القاضي، فقال: إني وكلت هذا الرجل بطلب كل حق لي بالكوفة، وبالخصومة، وليس معهما خصم، ثم جاء الوكيل برجل، وادعى أن

للموكل قبله حق، فإن كان القاضي يعرف الموكل باسمه ونسبه، يقضي بوكالته، ولا يكلفه إقامة البينة على الوكالة؛ لأن علم القاضي بالمعاينة فوق علمه بالخبر، فإذا كان يقضي بوكالته عند حصول العلم له بالخبر، فهاهنا أولى، ولا يشترط حضرة الخصم بعد التوكيل لصحة التوكيل عند القاضي؛ لأن حضرة الخصم إنما يحتاج للجحود ليمكن[1] إثبات الوكالة بالبينة، فيحصل العلم للقاضي بالبينة بكونه وكيلا، فإذا كان العلم حاصلا للقاضي بالمعاينة، لا حاجة إلى اعتبار حضرة الخصم، فإن كان القاضي لا يعرف الموكل باسمه ونسبه، لا يقضي بالوكالة؛ لأن الموكل غائب وقت القضاء بالوكالة، والغائب إنما يعرف بالاسم والنسب، فإذا لم يعرف القاضي ذلك، بقي الموكل مجهولا، والقضاء بالمجهول وعلى المجهول باطل، بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا، حيث يقضي القاضي بوكالته، وإن لم يعرف اسمه ونسبه؛ لأنه معلوم لكونه حاضرا.

وإن لم يعرف القاضي الموكل باسمه ونسبه، فقال الوكيل: أنا أقيم البينة أنه فلان ابن فلان لتقضي بالوكالة متى غبت، لا يلتفت القاضي إليه؛ لأن شرط سماع البينة على النسب الخصومة في النسب، ولم يوجد.

وإن غاب الموكل، فأحضر الوكيل رجلا، وادعى أن للموكل عليه حقا، وأقام الوكيل البينة عليه أن فلان ابن فلان الفلاني وكله بالخصومة في كل حق له قبل الناس بالكوفة، وأنكر ذلك الخصم وكالته، قبلت بينته، ويصير وكيلا في حق جميع من كان بالكوفة، كذا هنا.

وإن أرادوا من القاضي في هذه الوجوه كلها أن يسمع من الشهود بغير محضر من الخصم؛ ليكتب الكتاب بشهادتهم إلى قاض آخر، أجابهم القاضي إلى ذلك؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي ليس بقضاء يحتاج فيه إلى حضرة الخصم، إنما هو من القاضي الكاتب نقل شهادة الشهود إلى مجلس القاضي المكتوب إليه بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم الإشهاد على الشهادة صحيح عند حضرة الخصم، فكذا كتاب القاضي إلى القاضي.

---

(١) وفي الأصل: ليمكن.

ويجوز للقاضي المكتوب إليه القضاء بكتاب القاضي وحده، وإن لم يحضر له القضاء بشهادة على القاضي الكاتب بالحوادث، بأن ذهب بنفسه إلى بلدة القاضي المكتوب إليه، وشهد بين يديه على شهادة هؤلاء.

والفرق: وهو أن القاضي الكاتب نقل شهادة الشهود إلى القاضي المكتوب إليه بكتابه وهو قاضٍ، وقوله وهو قاضٍ بمنزلة شهادة الشاهدين، فكذا كتابه، أما إذا ذهب بنفسه إلى تلك البلدة، وشهد فقد نقل شهادة الشهود بقوله وهو ليس بقاضٍ؛ لأنه بعد ما خرج من البلد الذي هو قاضٍ فيه لا يبقى قاضيًا، ويلتحق بواحد من الرعايا، فلا يثبت النقل بمجرد قوله، حتى لو كان قاضي تلك البلدة أيضًا بأن كان قاضي القضاة ثبت شهادة الشهود بمجرد قوله في مجلس القاضي الثاني.

ثم ما ذكر من الجواب قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو قول محمد الأول، أما على قوله الآخر الذي رجع إليه لا تثبت شهادة الأصول عند المكتوب إليه بكتاب القاضي ما لم يشهد معه شاهد آخر، والمسألة معروفة، ولا فرق فيما ذكر من الجواب في الوكيل وكذا في الوصي في الفصول كلها؛ لأن الوصي وكيل بعد الموت فيعتبر بالوكيل حالة الحياة، إلا أنهما يفترقان في فصل، وهو أن الوكيل إذا أثبت الوكالة عامة، يثبت عامة، وإذا أثبت خاصة ثبت خاصة، والوصي إذا أثبت الوصاية يثبت عامة عند أبي حنيفة، سواء أثبتها عامة أو خاصة؛ لأن الوصي من يوم عقد وصي في الأشياء كلها، ولا كذلك الوكيل، والله أعلم.

الفصل السادس عشر

في شهادة ولد الملاعنة

١٥١٨٦ - قال محمد رحمه الله في «الجامع»: امرأة جاءت بولدين في بطن واحد، فنفاهما الزوج، فلاعن القاضي بينهما، وألزم الابنين الأم، ثم كبرا، فشهدا للذي نفاهما، لم تقبل شهادتهما؛ لأن نسبهما كان ثابتاً من الزوج؛ لأنهما ولدا على فراشه، وقد قال عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وتعلق به أحكام من امتناع قبول الشهادة، وهذا أمر عليه، ومنها حرمة وضع الزكاة، وحرمة المناكحة، والعتق عند التملك. وهذه الأحكام إنما تثبت حقاً للشرع، ومنها الإرث، فهو بهذا القذف واللعان يريد إبطال هذه الأحكام، فلا يقدر على إبطال ما عليه، وعلى إبطال ما هو حق الشرع. ويجعل النسب باقياً في حق الأحكام الثابتة حقاً للشرع، وفي حق الأحكام التي تثبت عليه، فأما الانتساب يبطل؛ لأنه كما هو حق الولد، فهو حق الوالد، فيبطل بإبطاله ما هو حقه، ثم يبطل حق الولد ضرورة أن النسب لا يثبت من أحد الجانبين، وإذا بطل الانتساب بطل الإرث؛ لأن الانتساب أمر لابد منه لجريان الميراث.

وكذلك لو مات هذان الولدان وتركا أولاداً، فشهدوا للملاعن، كانت الشهادة باطلة؛ لأن النسب باقٍ في حق أمر على ما مر، وهذا أمر عليه.

وكذلك لو تزوج أحد الابنين اللذين نفاهما بنتاً للزوج من امرأة أخرى، كان النكاح باطلاً لبقاء النسب في حق الحرمات الثابتة حقاً للشرع.

١٥١٨٧ - امرأة لم يدخل بها زوجها، جاءت بولد، فنفاه، فإن القاضي يلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه؛ لأن النكاح في حق من هو من أهل الماء في مدة يتصور الولادة فيها أقيم مقام الانخلاق من مائه حكماً، ولو كان الانخلاق من مائه حقيقة، ينفي نفيه، ويلاعن بينهما، ويلزم الولد أمه، فكذا هنا، وعلى الزوج المهر كاملاً لوجود الدخول من حيث الحكم؛ لما حكم بثبات نسب الولد منه.

فإن قيل : إنما يثبت الدخول ههنا من طريق الحكم لما حكم بثبوت النسب ، وقد تبين أن النسب لم يكن ثابتًا منه ، فتبين أن الدخول لم يكن ثابتًا .

قلنا : النسب إنما ينقطع بعد ما ثبت من حيث الظاهر ؛ لحدوثه على فراشه ؛ لا أن يظهر أنه لم يكن ثابتًا ، ألا ترى أن نفي بعد أحكام النسب ، ولو تبين أنه لم يكن ثابتًا لكان لا يثبت شيء من الأحكام ، وإذا لم يتبين أن النسب لم يكن ثابتًا ، لا يتبين أن الدخول لم يكن ثابتًا ، ولا يتزوج الزوج ، ولا واحدة من ولده الولد الذي ولدته المرأة إن كانت جارية ، ولا يعطي من زكاة ماله ، ولا يشهد له ؛ لما مر أن النسب باق في حق الحرمات الثابتة حقًا للشرع ، ولا يرث كل واحد منهما من صاحبه لما مرّ ولا يستحق كل واحد منهما النفقة على صاحبه لما قلنا في الإرث .

١٥٦٨٨ - جارية لرجل جاءت بولد فادعاه المولى حتى ثبت النسب منه ، وصارت الجارية أم ولده ، ثم ولدت بعد ذلك ابنين في بطن واحد ، فنفاهما جاز نفيه ؛ لأنه لو نفى نسب ولد المنكوحة ، جاز نفيه ، وإن كان فراشه أقوى فلأن يجوز نفي ولد أم الولد وفراشها أضعف كان أولى ، إلا أن بينهما فرقًا ، وهو أن نسب ولد المنكوحة لا ينتفي بمجرد النفي ، إنما ينتفي باللعان ، وقضاء القاضي بالقطع ، ونسب ولد أم الولد ينتفي بمجرد النفي ، وموضع الفرق كتاب الدعوى .

وإذا انتفى نسبهما من المولى بمجرد النفي ، كانا عبدين له بمنزلة أمهما ؛ لأن ولد أم الولد يكون بمثل حالها ، وكان النفي عاملاً في إبطال ما ثبت لهما من الحرية من حيث الظاهر ؛ لأن العتق ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذي لا ينفك عن النسب ، ألا ترى أن الأب لو كان مكاتبًا أو عبدًا مأذونًا ، فملك ولده لا يعتق عليه ، والنفي عامل فيما ليس من الأحكام المختصة بالنسب ، كما في حق الميراث .

فإن أعتقهما المولى ، ثم شهدا للمولى كانت شهادتهما باطلة ، وكذا شهادة أولادهما ، وكذا لو أعطاهم من زكاة ماله ، لم يجز ، وكذا لا يرثان من الرجل ، ولا يرث الرجل منهما بحكم القرابة ، كما في ولد المنكوحة ، ولكن الرجل يرث منهما بحكم الولاء ؛ لأنهما معتقاه .

١٥٦٨٩ - أمة لرجل جاءت بولدين في بطن واحد ، فباع المولى أحد الولدين ،

فأعتقه المشتري، ثم إن المعتق بعد ما كبر، شهد مع رجل آخر للبائع على رجل، جازت شهادتهما؛ لأن نسب هذا الولد ما كان ثابتاً من المولى قبل البيع؛ لأنه ولد الأمة، ونسب ولد الأمة لا يثبت من المولى بدون الدعوة، فلم يثبت امتناع قبول الشهادة، بخلاف ولد أم الولد والمكوحة على ما مر.

فإن قضى القاضي بشهادتهما، ثم إن البائع ادعى الولد الذي عنده، جازت الدعوة؛ لاتصال علوقه بملكه، وإذا ثبت نسب هذا الولد، ثبت نسب الولد الآخر ضرورة؛ لأنهما توأم، وإذا ثبت نسب الآخر ظهر أنه علق حراً، وأن المولى باع الحر، فانتقض البيع، ويرجع المشتري بالثمن على بائعه؛ لأنه لم يسلم له المبيع، فلا يسلم للمشتري الثمن، وظهر بطلان الشهادة بسائغ؛ لأنه ظهر أنه كان شهد لأبيه، ويرجع المشهود عليه على البائع بما أخذه منه إن كان قائماً بعينه، وإن كان استهلكه ضمن له مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن لم يكن مثلياً؛ لأنه ظهر أن القاضي أخطأ في قضائه، كان إقرار الضمان على المقضي له.

وإن كان المشهود به قطع يد أو رجل غرم البائع للمشهود عليه أرش ذلك في ماله في سنتين[1]، وإن كان المشهود به قتل نفس يغرم الدية في ماله في ثلاث سنين؛ لأن البائع كان محقاً في القطع والقتل؛ لأنه إنما قطع، وقتل على حسبان أن له ذلك، وقد ظهر خلاف ذلك، وموجب جناية الخطأ المال، إلا أنه يكون في ماله لا على العاقلة؛ لأنه وجب بسبب دعوته، وهو غير مصدق في ذلك في حق العاقلة، فصار من هذا الوجه كالثابت بإقراره.

فإن قيل: جنايته ثابتة معاينة، لا بإقرار، إنما الثابت بقوله: نسب الولد، إلا أن اتصال العلوق في ملكه بمنزلة البينة العادلة على صدق مقالته، ولو ثبت نسب هذا الولد بالبينة، كان موجب هذه الجناية على عاقلته، كذا هنا.

قلنا: هذا هكذا فيما كان من الأحكام المختصة بالنسب الذي لا ينفك النسب عنه لا بحال[2]، فأما في حق الأحكام التي ينفك النسب عنه، فالدعوى بمنزلة الإقرار، ألا

---

(١) كذا في ظ وف، وكان في الأصل وم وفي حاشية ظ: في ثلاث سنين.

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في ف: بحال من غير النفي.

ترى أن رجلاً لو كان قطع يد هذا الولد خطأً، حتى وجب على الجاني نصف الدية، ثم ادعاه النافي، حتى صحت دعوته، لا يجب على الجاني نصف الدية.

وإن اتصل العلوق بملكه، وجعل دعوته في حق الجاني بمنزلة الإقرار، لا بمنزلة البينة؛ لهذا أن وجوب الدية ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذي لا ينفك النسب عنه، فجعل في هذه دعوة البائع بمنزلة الإقرار، كذا ههنا الوجوب على العاقلة ليس من الأحكام المختصة بالنسب الذي لا ينفك النسب عنه، فجعل في حق دعوة البائع بمنزلة الإقرار، وما يجب بحكم الإقرار لا يجب على العاقلة - والله أعلم -

الفصل السابع عشر
في التهاتر من الشهادات

١٥١٩٠- كل بينة لا تكون حجة شرعًا، فهو من التهاتر؛ فمن جملة ذلك ما ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في شاهدين شهدا على رجل بقول أو فعل يلزمه بذلك، إجارة، أو كتابة، أو بيع، أو قصاص، أو مال، أو طلاق، أو عتق في موضع وصفاه، أو في يوم سمياه؛ فأقام المشهود عليه بينة أنه لم يكن في ذلك الموضع، ولا في ذلك اليوم في الموضع الذي وصفاه، لم تقبل منه البينة على ذلك؛ لأن هذه بينة في غير موضعها، فكانت ساقطة.

بيانه: إن الشرع شرع البيّنات للإثبات، لا للنفي؛ لأنه شرعها في جانب المدعي، والمدعي يحتاج إلى إثبات الحق، فلا يكون حجة في موضع النفي، وههنا هذه موضع النفي، فلا تكون البينة حجة فيها.

١٥١٩١- لا يلزم على ما قلنا: إذا شهدوا أن هذا وارث؛ لا وارث له غيره، حيث تقبل شهادتهم، وهذه شهادة على نفي وارث آخر؛ لأنا نقول: المقصود من هذا النفي إثبات جميع المال له، فكانت هذه الشهادة على الإثبات باعتبار المقصود، وكذلك كل بينة قامت على أن فلانًا لم يقل، لم يفعل، لم يقر، فهذا كله من التهاتر؛ لأنها قامت على النفي.

١٥١٩٢- رجل أقام بينة على رجل أنه جرحه يوم النحر بمكة هذا الجرح، وقضيت بذلك، ثم أقام المدعى عليه الجراحة على أحد الشاهدين بينة أنه جرحه يوم النحر[1] بكوفة، لم أقبل بينته على ذلك، قال: لأني قد قضيت بجراحته يوم النحر بمكة، ولا يكون في يوم واحد بكوفة ومكة، وقد ثبت بالبينة الأولى كونه يوم النحر بمكة، وتأيدت تلك البينة باتصال القضاء بها، فتعين البطلان في البينة الثانية، ولو لم

---

(١) وكذا في الأصل: لا بمكة ولا بكوفة.

يكن قضيت بالبينة الأولى حتى اجتمعت البينتان والدعويان(١) أمضيتهما؛ لأن القاضي يكذب إحداهما؛ لأن الشخص الواحد في وقت واحد لا يكون بكوفة ومكة.

١٥١٩٣ - قال في كتاب الحدود: لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة يوم النحر بمكة، وشهد أربعة أنه قتل فلانًا يوم النحر بكوفة، أو كانت الشهادة الثانية في نكاح، أو طلاق، أو عتاق، أو جراحة. أو قال رجل لعبديه: أيكما أكل هذا الرغيف فهو حر، فشهد شاهدان أن هذا أكله، وشهد آخران أن هذا الآخر أكله، لم أقبل شهادتهما؛ لأن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين.

وإن شهد أحد الفريقين أولا، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم شهد الفريق الآخر بما وصفنا، لا تقبل شهادة الفريق الثاني؛ لأن شهادة الفريق الثاني تعينت بالكذب.

وإن رد القاضي الشهود جميعًا، ثم مات أحد الفريقين، ثم شهد الفريق الثاني بما شهدوا به، أعادوا شهادتهم، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الشهادة متى صارت مردودة في الحكم لا تقبل بعد ذلك أبدًا، فإن جاء الآخر بشاهدين آخرين، قبل شهادتهما؛ لأنهما لم يردا، ولم تعارضهما البينة الأولى؛ لأنها مردودة في الحكم، فوجب القضاء.

١٥١٩٤ - وعلى هذا إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته عمرة يوم النحر بكوفة، وشهد آخران أنه طلقها يوم النحر بمكة، أو كانوا شهدوا على امرأتين، لم تقبل شهادتهما.

ولو شهد أحد الفريقين أولا، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم شهد الفريق الثاني، فالقاضي لا يقضي بشهادة الفريق الثاني؛ لما قلنا.

١٥١٩٥ - ولو ادعى رجلان ولاء رجل، وأقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه، وهو يملكه، ثم مات، ولا يعلمون له وارثًا غيره، جعلت الولاء بينهما، وإن ادعى أحدهما أولا، وقضى القاضي بالولاء له، ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة على دعواه، فالقاضي لا يقبل بينة الثاني؛ لأن الواحد يستحيل أن يكون معتق اثنين لكل واحد منهما على الكمال، والبينة الأولى تأكدت باتصال القضاء بها، فتعينت الثانية للبطلان.

١٥١٩٦ - وإذا شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا، فشهد أربعة أخرى على

---

(١) وفي الأصل: والدعوتان.

من الآخر مثلها ، فيؤدي إلى ما لا يتناهى ، أشار إلى أن المدعى عليه لو تمكن من إقامة البينة على ملكه ، لنقض القضاء الأول ، كان للمدعي أن يقيم البينة أنه لي ، ثم يقيم المدعى عليه بعد ذلك أنه لي ، فيؤدي إلى ما لا يتناهى ، فكان من التهاتر والتكاذب ، فلا تقبل.

ولكن هذا القدر لا يصلح علة لرد الشهادة ، فإنه يقبل بينة المدعى عليه على التملك من المدعي ، وإنه يؤدي إلى ما لا يتناهى ؛ لأنا لو قبلنا ربما يقيم المدعي بينة على التملك من المدعى عليه ، ثم المدعى عليه يقيم البينة على المدعي إلى ما لا يتناهى ، ومع هذا قبلت بينته على تلقي الملك من جهته ، ولكن الصحيح أن هذه بينة قامت على نقض القضاء الأول ، لا للإثبات ، فليس في بينة المدعى عليه إثبات ، والبينة القائمة على نقض القضاء مطلقًا لا تقبل ، كيف وإنه يتضمن أمرًا لا يتناهى من الوجه الذي ذكرنا ، فما ذكر في الكتاب لبيان الأولوية ، لا لرد الشهادة.

١٥١٩٨- قال في كتاب الوصايا : إذا شهد شاهدان أنه دبّر فلانًا بعينه إن قتل ، وأنه قد قتل ، وشهد آخران أنه مات موتًا ، فإنه يقضى بعتق المدبر من الثلث ، ولا يجوز شهادة شهود الموت ؛ لأن شهود القتل أثبتوا عتق المدبر ، وشهود الموت نفوا عتقه ، وهو المقصود من الشهادة ، فأما الموت فإنه[١] غير مقصود ، والبينات للإثبات لا للنفي ، فلم تقبل شهادة شهود الموت ، وكذلك إن شهدا أنه أعتق عبده فلانًا إن حدث به حدث من مرضه أو من سفره ، وأنه مات في ذلك السفر والمرض ، وشهد آخران أنه رجع من سفره ومات في أهله ، أو برئ من مرضه ، ومات من مرض آخر بعد ذلك ؛ لأن الوقت في البينة الأولى صار مقصودًا به ، فإنه لو مات بعد رجوعه من سفره ، لا يعتق العبد ؛ لأنه علق بموت يوجد في السفر ، وإذا صار الوقت مقصودًا به في البينة الأولى ، فلا يعتبر قدومه ، وبرئه بعد ذلك ؛ لأن الموت لا يحتمل التكرار.

١٥١٩٩- وإن شهد شاهدان أنه قال : إن حدث بي في سفري هذا حدث ، فأنت حر ، وأنه مات في سفره ذلك ، وشهد آخران أنه قال : إن رجعت من سفري هذا فمت في أهلي فلان حر ، وأنه رجع من سفره ومات في أهله ، ووصل الشهود إلى القاضي ،

---

(١) هكذا في الأصل [illegible] ، ولعل الصواب : لأنه

لم يتعلق بالموت في ذلك الزمان حكم ، فلم يصر الموت في ذلك الزمان مقضياً به ، فقبلت بينة المرأة ، أما هنا لا بد من القضاء بالموت من ذلك المرض لإثبات العتق في العبد الأول ؛ لأنه معلق به ، ولا بد من القضاء به شرط العتق ليمكن القول بزوال الملك ، فصار موته من ذلك المرض مقضياً به ، فلم تقبل بينة الآخر ؛ لأن بعد ما ثبت موته في زمان لا يتصور أن يكون حياً بعد ذلك .

١٥٢٠٠ - [ذكر في كتاب أملاه محمد بالرقة][١] قال محمد : كل مدّعٍ على صاحب شيء من الأشياء مما يلزمه فيه حق ، وأقام البينة أنه معه يوم كذا في موضع كذا ، وأقام المدعى عليه البينة أنه كان في ذلك اليوم في موضع كذا ، المكان لا يستقيم أن يكون فيه ، وفي الموضع الآخر في يوم واحد ، وليس ذلك بأمر مكشوف ، فالبينة بينة المدعي ، ولا يقبل من المدعى عليه بينة ، والأصل فيه ما ذكرنا غير مرة أن البينات للإثبات ، فمن لا يقصد بإقامة بينته إلا النفي لا يقبل منه البينة ؛ لأنه أراد أن يضعها في غير ما وضعت في الشرع ، فلم يكن له ذلك .

١٥٢٠١ - قال : فمن جملة ذلك رجل أقام البينة على آخر أنه قتل أباه عمداً في ربيع الأول ، وأقام المدعى عليه البينة أنهم رأوا أباه حياً بعد ذلك الوقت ، أو أنه كان حياً ، وأقرضه ألف درهم بعد ذلك الوقت ، وأنها دين عليه ، أو أقام رجل على آخر البينة أنه أقرض فلاناً أمس ألف درهم ، فأقام الآخر البينة أن أباه مات قبل ذلك ، أو أقامت امرأة رجلان أن فلاناً طلق امرأته يوم النحر بالرقة ، وأقام فلان البينة أنه كان في ذلك اليوم حاجاً بمنى ، فالبينة في جميع ذلك بينة المدعي ، ولا يلتفت إلى بينة المدعى عليه ؛ لأن الإثبات في بينة المدعي ، والمدعى عليه لا يريد ببينته إلا نفي القتل والقرض والطلاق ، والبينات لا تقبل للنفي ، إنما تقبل للإثبات ، فلم يلتفت إلى بينته إلا أن يأتي العامة ، ويشهد بذلك ، ويكون أمراً مكشوفاً ، فيؤخذ بشهادتهم ؛ لأن الخبر المتواتر موجب للعلم قطعاً ، فإذا شهدوا به على التواتر ، لم يقبل البينة على خلافه ؛ لأنها محتملة للكذب ، وقد ظهر كذبهم بخبر العامة ، بخلاف ما إذا لم يشهد به العامة ، ولكن قامت بينة مثله على خلافه ؛ لأنها مثل الأولى ، وترجحت الأولى عليه بقوة ؛ لأنها

---

(١) زيد من ف .

مثبتة، وليس في هذه البينة إثبات، فلم يصح معارضة لها[1]، فبطلت.

ولكن إنما يطلب الترجيح من حيث الحكم بعد مساواتهما في ذاتيهما، وشهادة شاهدين لا تصلح معارضة لخبر العامة في ذاتها؛ لما فيها من احتمال الكذب، وانتفاء الاحتمال في خبر العامة، فلهذا أخذ بخبرهم.

قال: ألا ترى أن العامة لو شهدت أن المدعى عليه كان معهم في موسمهم، وأنه شهد معهم عرفات، لم تقبل بينة المدعية على ما ادعت من الطلاق؛ لما ذكرنا من ظهور الكذب في البينة على ما قلنا، فإن أقامت المرأة البينة أن زوجها طلقها يوم النحر بالرقة، وأقام عبده البينة أنه أعتقه في ذلك اليوم بمنى، وعدلت البينتان جميعًا، والرجل يجحد ذلك كله، فالبينتان باطلتان، لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين، وجهالته الصادق من الكاذب منهما، وانعدام الترجيح لإحداهما على الأخرى، فإن صدق الرجل إحدى البينتين، وجحد الأخرى، قضى عليه بالطلاق والعتاق جميعًا، أما ما أقر به، فللإقرار، وللآخر بالبينة، والبينة الأخرى قد بطلت؛ لأنها إنما تقبل على المنكر، فإذا أقر به فقد فات شرط قبولها، وهو الإنكار، فبطلت، وقبل البينة الأخرى لاستجماع شرائطها، وخلوّها عن المعارضة.

وهذه المسألة دليل على أن المدعى عليه بعد ما أقام المدعي عليه البينة إذا أقر بما ادعاه المدعي أن القاضي يقضي عليه بالإقرار، وهذا فصل اختلف المشايخ فيه.

١٥٢٠٣ - ولو شهد اثنان أنه طلق امرأته يوم النحر بمنى، وشهد آخران أنه أعتق عبده بعد ذلك اليوم بالرقة، فإن القاضي يقضي بالطلاق بالوقت الأول؛ لأنهما شهدا به بذلك التاريخ، ولا يعارض البينة الأخرى؛ لأنها لا تشهد إلا تاريخًا بعده، فلم تعارضه، فقضى بالأولى، ثم ينظر بعد ذلك إن كان بين الوقتين ما يستقيم أن يكون في المكانين جميعًا بأسرع ما يقدر عليه من السير، قضى بشهادتهم جميعًا؛ لأنه لا تنافي بينهما، وأمكن العمل بهما، فيعمل، وإن كان لا يستقيم بطل الوقت الثاني؛ لأنه لما وجب قبول البينة الأولى لإثباتها تاريخًا سابقًا، تعين جهة البطلان في الثانية لتعذر الجمع بينهما.

---

(١) هكذا في الأصل و"ف" و"م"، وكان في "ظ" : لها.

ولا يقال : إن العمل بالبينتين ممكن ، فإنه لا يستحيل كونه في يوم واحد بهذين المكانين ، وكذلك في هذين الوقتين ؛ لأنه لا يبعد من الأولياء ، فكرامة الأولياء حق .

لأنا نقول : إن المولى لا يجحد ما قد فعله ، حتى يقام البينة عليه ، فلا يمكن تصوير المسألة فيه ، ولأن الأحكام إنما تبنى على ما عليه قدرة الناس باعتبار العادة ، فأما لا يبنى على ما يتصور من أقدار الله تعالى ، ألا ترى أن من حلف وقال : والله لأمسن السماء ، فإنه يحنث في الحال لمكان العجز الثابت للحالف باعتبار العادة ، ولا يعتبر ما يتصور من إقدار الله إياه ، فكذا هذا ، والاستحالة عادة ثابتة هنا ، وباعتبارها تعذر القضاء بالبينتين على ما ذكرنا ، فبطلتا .

ولو شهد شاهدان أنه قال : إن مت من مرضي هذا فأنت حر ، وأنه مات من ذلك المرض ، وشهد آخران أنه قال : إن برأت من ذلك المرض ففلان آخر حر .

وقد ذكرنا هذه المسألة ثم أعدناها لزيادة تفريع لم نذكرها ثمه ، وهو أن الورثة إذا قالوا : برئ من ذلك المرض ، عتق العبد المقر له من جميع المال ، وعتق العبد المشهود له من ثلث ماله ؛ لأنهم أقروا بعتق ذلك العبد في حالة الصحة من المولى ، والعتق في صحته ينفذ من جميع ماله ، والشهود إنما شهدوا بعتق هذا العبد عند موته ، وأنه لا ينفذ إلا من الثلث ؛ لأنه عتق بجهة التدبير ، فإن لم يكن للميت مال غير العبدين ، وقيمة العبدين على السواء ، سعى المعتق في المرض في ثلث قيمته ؛ لأنا نجعل في حقه كأن الورثة أعتقوا ذلك العبد بعد موته ، وإذا جعل في حقه كأن مال الميت هذان العبدان ، وإن ذلك العبد لم يعتق من جهة الميت ؛ لأنه لا يعمل إقرار الورثة في حقه ، فصار في حقه ، كأن الورثة أعتقوا ذلك العبد بعد موته ، وإذا جعل في حقه كأن مال الميت هذا العبدان ، ووجب اعتبار عتقه من الثلث وقيمتهما على السواء ، كان ثلث ماله ثلثا رقبة لا محالة ، فيعتق مجانًا ، ويسعى فيما سواه ، وهو الثلث .

فإن قالت الورثة : مات من مرضه قبل أن يبرأ ، فإنه يعتق هذا العبد من ثلث مال الميت بعد عتق الآخر ، وعتق الآخر بشهادة الشهود من جميع المال ؛ لأنه عتق المشهود بعتقه بالبرء من المرض بالبينة ؛ لخلوها عن المعارضة ، فإن البينة الأخرى ، لم تقبل لانعدام شرط قبولها ، وهو الإنكار والعتق في الصحة ، ينفذ من جميع المال ، وإنما عتق

الفصل الثامن عشر

في ترجيح إحدى البينتين على الأخرى والعمل بالبينتين المتضادتين

١٥٢٠٤ - بشر عن أبي يوسف: رجلان شهدا على رجل أنه وكّل فلاناً ببيع هذا الشيء، وشهد آخران على الوكيل ببيعه، وقّتوا أو لم يوقّتوا، فالبيع باطل، إلا أن يوقّتوا للبيع وقتاً بعد وقت الوكالة.

١٥٢٠٥ - ولو أن الموكل أخرج الوكيل من الوكالة وهو حاضر بشهادة شهود، وشهد شاهدان عليه بالبيع، وقد وقّتت بينة العزل وبينة البيع أو لم يوقّتوا، فالإخراج من الوكالة أولى في جميع ذلك، والبيع باطل إلا أن يكون وقت البيع قبل وقت الإخراج من الوكالة، وكذلك هذا في التوكيل بالطلاق والعتاق، وهذا كله قياس الشهادة على البراءة والشهادة على الدين، فإن الشهادة على الإبراء أولى ما لم يوقّتا للدين وقتاً بعد البراءة.

١٥٢٠٦ - ولو شهد شاهدان على النكاح، وشاهدان على الطلاق، فالطلاق لازم للزوج؛ لأنه إقرار من الزوج بالنكاح إلا أن يوقّتوا للطلاق وقتاً قبل النكاح، فلا يجوز الطلاق، وكذلك العتاق في هذا مثل الطلاق ما خلا خصلة واحدة أن يكون بإقرار من المشتري بحرية الأصل[1]، فهذا يعتق، وإن كان قبل الشراء.

١٥٢٠٧ - رجل مات فشهد شاهدان أن هذا كان أعتق عبده، أو شهدا أنه كان طلق امرأته ثلاثاً، ولا ندري أنه كان ذلك في صحته أو مرضه، وقد وقّتوا أو لم يوقّتوا، فهذا على المرض في جميع ذلك حتى يشهدوا أنه كان في الصحة.

شهد شاهدان على وكالة في بيع، وشهدا على البيع، وأغفل القاضي أن يسألهما أبعد الوكالة كان البيع أو قبله، حتى مات الشاهدان، أو شهدا على الوكالة بطلاق أو عتق، وأشهدا بالعتاق والطلاق، وماتا قبل السؤال، فهذا والباب الأول سواء في

(1) وفي م: بإعتاق الأصل

القياس، لكني استحسن فيها أن أجيز الطلاق والعتاق والبيع.

ولو شهدا أنه جعل أمر امرأته بيدها، فطلقت نفسها، وأمضى القاضي أن يسألهما في ذلك المجلس أو بعد ما قامت عن المجلس، فإن هذا لا تجوز الطلاق فيه، ولا يشبه الوكالة.

١٥٢٠٨ - ابن سماعة عن أبي يوسف: امرأة ادعت بعد وفاة زوجها مهر ألف درهم، وذلك مهر مثلها، وقالت الورثة: نحن نعلم بأن أبانا تزوجها، ولا ندري ما فرض لها، وحلفوا بالله لا يعلمون مهرها، فإني أجعل لها أقل الصداق عشرة دراهم.

وهذه الرواية تشهد لما قاله بعض مشايخنا من تفسير المستنكر جداً على قول أبي يوسف: إن المراد منه أن يدعي الزوج أو ورثته أقل من عشرة دراهم.

١٥٢٠٩ - ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار، وكانت الألف بصك، وقد كتب عليه، وكتب أنه لا شيء عليه غيرها، وكانت المائة الدينار بصك قد كتب عليه، وكتب أنه لا شيء عليه غيرها، والوقت واحد، أو لا وقت فيهما، فالمال كله لازم، ألا ترى أنه لو قال: لي عليه ألف درهم، ولا مال لي عليه غير ذلك، ولي عليه مائة دينار، ولا مال لي عليه غير ذلك، وجاء على ذلك ببينة أن أقبل البينة، وألزمه المال، كذا ههنا.

وذكر المعلى قال: سألت محمداً عن رجل ادعى على رجل ألف درهم في صك ومائة دينار في صك، وفي كل واحد من الصكين وهو جميع ما لي عليه، وأقام بينة على كل واحد من الصكين، قال: عليه المالان، ويعطيه أيهما شاء، وروى هشام عنه: أنه لا يلزمه شيء من ذلك - والله أعلم -.

الفصل التاسع عشر في شاهد الزور

١٥٤٢١ - اتفق العلماء على أن شاهد الزور يعزر؛ لأنه ارتكب كبيرة. قال عليه السلام: «عدلت شهادة الزور بالشرك بالله» ثم قرأ قوله تعالى ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾(١)، وليس فيها حد مقدر شرعًا، فهذا ظاهر، فكل من ارتكب كبيرة ليس فيها حد مقدر، يعزر، غير أن أصحابنا اختلفوا في تعزيره، قال أبو حنيفة في المشهور: يُطاف به ويشهر ولا يضرب، فإن كان سوقيًا يبعث به القاضي إلى أهل سوقه وقت الضحوة أجمع ما كانوا، وإن لم يكن سوقيًا يبعث به القاضي إلى أهل محلته، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور، فاحذروه وحذّروه الناس.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعزر بالضرب، ولا يبلغ به أربعين سوطًا، ثم رجع أبو يوسف، وقال: يبلغ خمسة وسبعين.

حجتهما في ذلك أنا أجمعنا على أن التعزير في سائر المعاصي بالضرب، فكذلك ههنا. وأبو حنيفة يقول: إنما أقدم على الشهادة الكاذبة ليحصل له بها الوجاهة عند الناس، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس، فكان هذا تعزيرًا إيفاء جرمه، فكان أولى.

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة: أنه يضرب ويطاف به ويشهر، وهل يشهر على قولهما مع الضرب، ظاهر ما ذكر صاحب الأقضية يشير إلى أنه لا يشهر، وذكر الخصاف في كتابه: أنه يشهر على قولهما مع الضرب أيضًا، والكلام في مقدار الضرب في التعزير عُرف في كتاب الحدود.

ولا يسخم وجهه، أي لا يسوّد، يروى هذا اللفظ بالحاء والخاء جميعًا، والذي رُوي عن عمر في شاهد الزور أنه يسخم وجهه، فتأويله عند شمس الأئمة السرخسي أنه قال: ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه، وتأويله عند شيخ الإسلام أنه لم

(١) سورة الحج، الآية: ٣٠.

يرد به حقيقة التسويد، إنما أراد التخجيل[1] بالتفضيح والتشهير، فإن الخجل يسمى مسودًا، قال الله تعالى: ﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودًا وهو كظيم﴾[2]، وإنما لم ير أصحابنا تسخيم وجهه؛ لأن المقصود من تعزيره شيئان: أحدهما: الامتناع عن شهادة الزور في المستقبل، والثاني: أن يعرفه الناس أنه شاهد زور، فيحذرون. وإذا سخم لا يعرف، فلا يحذرونه، فلا يحصل المقصود.

قال صاحب الأقضية: وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل، أو موته، فيجيء المشهود بقتله أو بموته حيًا، فأما من ردت شهادته لتهمة، أو لدفع مضرة عن نفسه، أو لجر منفعة إلى نفسه، أو لمخالفة وقعت بين الدعوى والشهادة، أو لمخالفة وقعت بين الشاهدين، فليس بشاهد زور، ثم ذكر في الشاهدين إذا اختلفا في الموطن الذي شهدا بالفعل فيه، أو اختلفا في الفعل نفسه، أو في الإنشاء والإقرار في الفعل، قال أبو حنيفة: لا تعزير عليه ولا ضرب؛ لأنه لا يعرف الصادق من الكاذب، ولا تجوز العقوبة مع الاحتمال.

١٥٢٤١ - وإذا رجع شاهد الزور عن صنيعه[3]، وتاب هل يقبل شهادته بعد ذلك؟ فلا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب، وحكي عن الفقيه أبي بكر محمد ابن أحمد الحجواني أنه قال: إن كان فسق معلن الفسق، تقبل شهادته بعد ذلك، وإن لم يكن معلن الفسق، لا تقبل شهادته، وفي الحاوي عن أبي يوسف مثل هذا، والمذكور في الحاوي: شاهد هو عدل بين الناس تجوز شهادته، فشهد بزور لا تقبل شهادته أبدًا؛ لأنه لا يعرف له توبة، وإن لم يكن عدلًا، فشهد بزور، تقبل شهادته - والله أعلم بالصواب -.

---

(١) هكذا في الأصل وف وم، وكان في ط: التعيير.

(٢) سورة النحل، الآية ٥٨.

(٣) هكذا في م وف، وكان في الأصل وط: صنعه.

الفصل العشرون

في الدعوى إذا خالفت الشهادة

١٥٢٦٢ - إذا ادعى على آخر مائة قفيز حنطة بسبب السلم مستجمعًا شرائطه، وشهد الشهود أن المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز حنطة، ولم يزيدوا على هذا، فقد قيل: لا تقبل شهادتهم؛ لأن الشهود لم يذكروا إقراره بسبب السلم، ودين السلم يخالف سائر الديون حتى لا يجوز الاستبدال بدين السلم قبل القبض، ويجوز الاستبدال بسائر الديون، وقيل: ينبغي أن تقبل شهادتهم؛ لأن هذا اختلاف في سبب الديون، والاختلاف في سبب الديون لا يمنع قبول الشهادة، والأول أصح؛ لأن الاختلاف في سبب الديون إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا لم يختلف الدين باختلاف السبب، ودين السلم مع دين آخر يختلفان.

ولو كانت الدعوى بلفظ: سراي، والشهود شهدوا بلفظ البيت، حكي عن شيخ الإسلام أبي الحسن السغدي أن الشهادة لا تقبل؛ لأنهما غيران، فما شهد به الشهود لم يدخل تحت الدعوى، وقيل: ينبغي أن تقبل في عرفنا، وهو الأشبه والأظهر؛ لأن في عرفنا البيت والدار واحد، يقال: خانه فلان، كما يقال: سراي فلان.

١٥٢٦٣ - وإذا ادعى ملكًا بسبب نحو الشراء من رجل آخر، أو الإرث عن أبيه، أو ما أشبه ذلك، وأقام البينة على الملك المطلق، لا تقبل بينته بوجهين؛ أحدهما: أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي؛ لأن المدعي ادعى الملك بسبب حادث، والمملوك بسبب حادث يكون حادثًا ضرورة، والشهود شهدوا بالملك قديمًا؛ لأنهم شهدوا بالملك المطلق، والملك المطلق قديم، ولهذا قلنا: إن في دعوى الملك المطلق يستحق العين بالزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا، ويرجع الباعة بعضهم على البعض، ولا شك أن الملك القديم أكثر من الملك الحادث، والشهود إذا شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي، لا تقبل شهادتهم؛ لأن المدعي يصير مكذبًا شهوده في بعض ما شهدوا به، وهو الزيادة على ما ادعى، وتكذيب المدعي شهوده في بعض ما شهدوا به يمنع قبول

الشهادة.

الوجه الثاني: ما أشار إليه محمد في الكتاب فقال: لما ادعى أنه اشتراها من فلان، وهو يملكها، فقد أقر بالملك لفلان، إما صريحًا، وإما مقتضى الإقدام على الشراء، فإن كل مشترٍ مقر بالملك في المشترى للبائع وقت البيع، ثم يدعي الانتقال إلى نفسه بالشراء، فما لم يثبت الشراء لا يثبت الانتقال إليه، ولم يثبت الشراء هنا؛ لأن الشهود لم يشهدوا به، وهذا إذا ادعى الشراء من رجل معروف.

١٥٢١٤ - وأما إذا ادعى الشراء من رجل مجهول، ثم أقام البينة على الملك المطلق، تقبل شهادتهم؛ لأن أكثر ما فيه أنه صار مقرًا بالملك لبائعه. إلا أن هذا الإقرار منه لم يصح؛ لأنه إقرار بالملك للمجهول، والإقرار للمجهول باطل، فصار كأنه لم يقر له بالملك، ولم يدع الشراء منه أصلاً، وهناك تقبل منه البينة على الملك المطلق، كذا ههنا، بخلاف ما إذا ادعى الشراء من رجل معروف؛ لأن هناك الإقرار للبائع بالملك قد صح لكونه إقرارًا للمعلوم، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء، ولم يثبت الشراء، إذ الشهود لم يشهدوا به.

١٥٢١٥ - ولو كان المدعي ادعى الملك لنفسه مطلقًا، وشهد الشهود له بالسبب، فالقاضي يقبل شهادتهم، أما على المعنى الأول فلأن الشهود شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي؛ لأنهم شهدوا بملك حادث، والمدعي ادعى ملكًا قديمًا، والشاهد إذا شهد بأقل مما ادعاه المدعي، تقبل شهادته.

يوضح الفرق بينهما: إن الملك القديم يجوز أن يصير ملكًا حادثًا؛ لأن المملوك أول من أمس يجوز أن يصير مملوكًا أمس ملكًا حادثًا بسبب حادث، بأن يبيعه ثم يشتريه. فالتوفيق بين الدعوى والشهادة ممكن، فتقبل الشهادة، وأما الملك الحادث لا يجوز أن يصير ملكًا قديمًا؛ لأن المملوك أمس لا يتصور أن يصير مملوكًا أول من أمس، فالتوفيق بين الدعوى والشهادة غير ممكن، فلا تقبل الشهادة.

وأما على المعنى الثاني فلأن ما أقر بالملك لغيره، إنما ادعى الملك لنفسه ملكًا مطلقًا، والشهود شهدوا له بالملك، إلا أنهم زادوا في الشهادة سبب الملك، وزيادة سبب الملك في الشهادة لا يوجب ذلك خللاً في الشهادة؛ لأنا إنما عرفناه لابد للملك من

سبب ، فقد بيّنوا ما هو معلوم من غير شهادتهم ، وبيانهم ، ولا يوجب ذلك خللاً في شهادتهم .

ثم إذا ادعى الملك مطلقاً ، والشهود شهدوا له بالملك بسبب ينبغي للقاضي أن يسأل المدعي : أتدعي الملك لهذا السبب الذي شهد به الشهود ، أو تدعيه بسبب آخر ؟ إن قال : أدعيه بهذا السبب الذي شهدوا به ، فالقاضي يقبل شهادة شهوده ، ويقضي له بالملك بهذا السبب ، وإن قال : أدعيه بسبب آخر ، أو قال : لا أدعيه بهذا السبب ، فالقاضي لا يقبل شهادة شهوده ، ولا يقضي له بالملك .

١٥٢٦٦ – ولو ادعى الشراء مع القبض ، وشهد له الشهود بالملك المطلق ، فقيه اختلاف المشايخ ، بعضهم قالوا : تقبل الشهادة ؛ لأن دعوى الشراء مع القبض ليس دعوى الشراء من حيث المعنى ، بل هو دعوى الملك المطلق ، ألا ترى أنه لو كان هذا الدعوى من جهة البائع ، كان دعوى الثمن لا دعوى البيع ، حتى يشترط لصحة هذه الدعوى إعلامه ، حتى إن من قال لغيره : بعت منك عبداً بكذا ، وسلمت إليك ، صح دعواه ، وإن كان العبد مجهولاً ، فكذا من جانب المشتري يكون دعوى الملك المطلق ، ولما كان دعوى الشراء مع القبض دعوى الملك المطلق ، صار كأنه ادعى ملكاً مطلقاً ، وشهد له الشهود بذلك .

بعضهم قالوا : لا تقبل الشهادة ؛ لأن دعوى الشراء معتبر في نفسه في هذه الصورة ، ولم يصر بمنزلة دعوى الملك المطلق ، ألا ترى أنه لا يقضى للمدعي في هذه الصورة بالزوائد .

١٥٢٦٧ – ولو ادعى الملك بالنتاج ، وشهد له الشهود بالملك بسبب من جهة صاحب اليد ، أو من جهة غيره ، لا تقبل الشهادة بخلاف ما إذا ادعى الملك مطلقاً ، وشهد له الشهود بالسبب ، حيث تقبل .

والفرق : إن دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته ، أو من جهة غيره ، إذ لا يتصور الملك بالنتاج من جهة غيره ، ألا ترى أنه لا يصح أن يقول : هذا ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد ، أو من جهة فلان ، ولما كان هكذا ، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذي اليد ، فقد شهدوا بما

لم يدخل تحت دعوى المدعي ، فلا تقبل شهادتهم ، وأما دعوى الملك المطلق على ذي اليد يحتمل دعوى ملك حادث من جهة ذي اليد ، أو من غيره[1] ، ألا ترى أنه لو قال : هذا الشيء لي بالشراء من ذي اليد ، أو من فلان كان صحيحاً ، ولهذا ترجح بينة الخارج على بينة ذي اليد ، وإذا كان هكذا ، فإذا شهد له الشهود بالملك بسبب من جهة ذي اليد ، فقد شهدوا بما يصلح داخلاً تحت دعوى المدعي ، فلا تثبت المخالفة بين الدعوى والشهادة .

١٥٢٦٨ - سئل شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي ، عمن ادعى عيناً في يد إنسان ملكاً مطلقاً ، وشهد له الشهود أنه ملكه بسبب أنه ورثه من أبيه ، قال : لا تقبل الشهادة ، فقيل له : إن محمداً ذكر في « الأصل » ، وفي « الجامع » : أن من ادعى ملكاً مطلقاً ، وشهد الشهود له بالسبب إن الشهادة مقبولة ، قال : هذا هكذا في موضع صحت الشهادة على السبب ، والشهادة على السبب ههنا لم تصح ، لأنهم شهدوا بالميراث ، ولم يجروا الميراث .

قلت[2] : ولكن هذا ليس بصواب ، فإن قولهم : ورثه من أبيه كاف لإثبات الملك بسبب الميراث ، كقولهم : اشتراه من فلان ، وهو معنى جر الميراث ، فكانت الشهادة على السبب صحيحة ، فيجب قبولها .

ولو ادعى ديناً بسبب ، نحو القرض وما أشبهه ، وشهد له الشهود بالدين المطلق ، كان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي يقول : لا تقبل شهادتهم ، كما في العين إذا ادعى الملك فيه بسبب ، وشهد الشهود بالملك مطلقاً ، وفي « كتاب الأقضية » مسألتان يدلان على القبول .

١٥٢٦٩ - وإذا ادعى على امرأة أنها منكوحته ، ولم يدع التزوج ، وشهد له الشهود أنه تزوجها ، أو ادعى على امرأة أنه تزوجها ، وشهد له الشهود أنها منكوحته ، قبلت الشهادة ؛ لأن النكاح سبب متعين لصيرورة المرأة منكوحة ، فكان ذكره وترك ذكره سواء .

---

(١) وفي الأصل : أو من جهة غيره .

(٢) وفي الأصل : قلنا .

١٥٤٢٠ - وإذا ادعى عيناً في يدي رجل أنه ملكه، وأن صاحب اليد قبضه مني بغير حق منذ شهر، وشهد له الشهود بالقبض مطلقاً، لا تقبل هذه الشهادة.

واختلفت عبارة المشايخ في ذلك، قال بعضهم: لأن شهادتهم على القبض مطلقاً من غير ذكر تاريخ محمولة على الحال، فالمدعي ادعى الفعل في زمان ماضي، والشهود شهدوا على الفعل في الحال، والفعل في الزمان الماضي غير الفعل في الحال، فهو نظير ما لو ادعى على غيره القتل منذ شهر، وشهد له الشهود بالقتل في الحال.

وقال بعضهم: المطلق أقوى وأكثر من المؤرخ، فالشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي؛ وكذلك إذا ادعى المدعي القبض مطلقاً، وشهد له الشهود بالقبض منذ سنة؛ لأنه ادعى الفعل في الحال، والشهود شهدوا له بالفعل في الماضي، فلا تقبل شهادتهم إلا إذا وفق المدعي، وقال: أردت بالمطلق القبض من ذلك الوقت الذي شهد به الشهود، فحينئذ تقبل، وقيل: تقبل الشهادة في هذا الوجه من غير توفيق المدعي؛ لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ، فقد شهد الشهود بأقل مما ادعاه المدعي، فتقبل.

١٥٤٢١ - وإذا ادعى عيناً في يد رجل، وقال: هي لي منذ سنة، وشهد الشهود أنها منذ عشر سنين، لا تقبل شهادتهم، ولو قال: هي لي منذ عشر سنين، وشهد الشهود أنها له منذ سنة، تقبل شهادتهم؛ لأن في الوجه الأول الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي، وفي الوجه الثاني شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي.

وإذا ادعى الملك بسبب الشراء منذ سنة، وشهد الشهود بالشراء من غير ذكر تاريخ، فقد قيل: لا تقبل؛ لأن المطلق أقوى من المؤرخ، وقد قيل: تقبل؛ لأن الشراء حادث، فإذا لم يذكر الشهود له تاريخاً، يحمل على الشراء للحال، فقد شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي.

ولو كان المدعي ادعى الملك بسبب الشراء مطلقاً، ولم يذكر التاريخ في الشراء، والشهود شهدوا بتاريخ سنة، أو ما أشبه ذلك، فقد قيل: لا تقبل؛ لأن دعوى المدعي محمول على الحال إذا لم يذكر للشراء تاريخاً، وإذا حمل على الحال، ظهر أن الشهود شهدوا بأكثر مما ادعاه المدعي، وقد قيل: تقبل؛ لأن المطلق أقوى من المؤرخ، فقد شهدوا بأقل مما ادعاه المدعي، فتقبل.

١٥٢٢٢ - وفي "الجامع الكبير": قال محمد: رجل في يديه عبد، ذكر أنه عبده، ورثه من أبيه، فادعى رجل آخر أنه عبده، وجاء بشاهدين شهدا على إقرار صاحب اليد أنه عبد المدعي، قبلت الشهادة، وقضي بالعبد للمدعي اعتبارًا للإقرار الثابت بالبينة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا.

١٥٢٢٣ - وإذا ادعى على رجل خمسمائة، وشهدوا له الشهود بألف درهم، لا تقبل شهادتهم؛ لأنه صار مكذبًا شهوده فيما زاد على الخمسمائة، إلا أن يوفق، فقال: كان له علي ألف درهم، كما شهد به الشهود، إلا أنه قضى لي خمسمائة، أو قال: أبرأته عن خمسمائة، ولم يعلم الشهود بذلك، فإذا وفق على هذا الوجه، تقبل الشهادة، ويقضى له بالخمسمائة لزوال التكذيب، ولا يحتاج إلى إقامة البينة على التوفيق؛ لأن التوفيق بدعوى الإبراء والقضاء، وكل ذلك ثبت بإقرار المدعي؛ لأنه إقرار على نفسه، فلا حاجة إلى إقامة البينة عليه.

١٥٢٢٤ - وإذا ادعى الغريم على صاحب المال أنه أبرأه أو حلله، وجاء بشهود شهدوا على إقرار صاحب المال بالاستيفاء، فإن القاضي يسأل الغريم عن البراءة والتحليل، أكانت بالإسقاط، أو بالاستيفاء؟ فإن قال: كانت بالاستيفاء، قبلت الشهادة لوجود الموافقة بين الدعوى والشهادة.

وإن قال: كانت بالإسقاط، لا تقبل لتحقق المخالفة؛ وإن سكت ذكر محمد في الأصل: أنه لا يجبر على البيان؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحصيل حق نفسه، ولكن لا تقبل شهادتهما ما لم يوفق، فقد رجع في هذه المسألة في البيان إلى المدعي، وفيما إذا ادعى الغريم الإيفاء، وشهد له شاهدان أنه أبرأه، أو حلله، ذكر أنه تقبل شهادتهما، ولم يقل: يرجع في البيان إلى الشاهدين أن البراءة كانت بالإيفاء أو بالإسقاط.

والفرق: إن الشهادة إنما شرعت لتحقيق دعوى المدعي، فإذا وقع الدعوى في شيء معين، وشهدت الشهود بشهادة محتملة، حملت الشهادة على وجه الموافقة، إذ الظاهر أن الشهود بشهادتهم المحتملة مرادهم الجهة التي تكون الشهادة بها مؤكدة للدعوى، دون الجهة الأخرى، فتعينت جهة الموافقة بدلالة الحال، فلا حاجة إلى الرجوع في البيان إلى الشهود، وأما الدعوى إذا كانت مجملة فالشهود لا يقدرون على

إزالة ذلك الاحتمال، فيكون البيان زيادة الدعوى، فإن بيّن قبل قوله، وما لا فلا.

١٥٢٢٥- قال محمد في "الجامع الصغير": شاهدان شهدا على رجل بقرض ألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضاها، وقال المدعي: لم يقبضها، فالشهادة على القرض جائزة، ويقضي القاضي على المدعى عليه.

وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يقضي القاضي بالقرض؛ لأن الذي شهد بالقضاء لم يشهد بمال واجب، وجه ما ذكر في "الجامع الصغير" أن القضاء لا يتصور إلا بعد سابقة الوجوب، فهما اتفقا على القرض والوجوب، فيثبت القرض والوجوب، ثم تفرد أحدهما بالقضاء، فلم يثبت.

وفي "الأصل": إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم، فشهد أحدهما أنه قضى منها خمسمائة درهم، فأنكر الطالب القبض، فإن شهادتهما بالألف جائزة؛ لاتفاقهما على ذلك، وشهادة الواحد بالقبض لا تقبل لتفرده بذلك.

فإن قيل: أليس أن المدعي لما أنكر القبض، فقد أكذب أحد شاهديه، فوجب أن لا يقضى له بالألف، كما لو شهد له أحد الشاهدين بمائة، والآخر بمائة وخمسين، والمدعي يدعي المائة لم يقض له بشيء؛ لأنه أكذب أحد الشاهدين، فكذا هنا.

قلنا: تكذيب المدعي شهوده إنما وُجد فيما كان مشهودًا عليه؛ لأنه كذب أحدهما في القبض، وأنه في القبض مشهود عليه؛ وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة؛ لأنه لو منع ما قبلت شهادة في الدنيا؛ لأن كل مشهود عليه يكذب شهوده.

فإن قيل: تكذيب المشهود عليه إنما لا يمنع قبول الشهادة إذا شهد عليه، ولم يشهد له، والشاهد بقبض خمسمائة، كما شهد عليه يشهد له، فإذا كذبه وفسقه فيما شهد عليه، يجب أن لا تقبل شهادته فيما شهد له؛ لأنه فاسق عنده؛ إلا أن تكذيبه وتفسيقه فيما شهد عليه لم يعمل، فوجب أن يُعمل فيما شهد له.

والجواب: إن التكذيب فيما شهد له لو ثبت إنما يثبت مقتضى التكذيب فيما شهد عليه، وقد كذب شرعًا في حق التكذيب على ما عليه على معنى أنه لم يعتبر تكذيبه فيما شهد عليه، والمتكلم متى كذب في كلامه، وسقط اعتبار كلامه التحق اعتبار كلامه بالعدم، وإذا سقط اعتبار هذا التكذيب في حق ما عليه، فكذا فيما له.

أو نقول بعبارة أخرى: لم يعتبر تكذيبه فيما شهد عليه شرعًا؛ لأن تكذيب المشهود عليه الشاهد غير معتبر شرعًا، فلا يعتبر تكذيبه فيما ثبت مقتضاه، وهو التكذيب فيما شهد له، ولذا قلنا: لو شهد الشاهدان على رجل لرجل بألف درهم، ثم شهد للمشهود عليه بمائة دينار، قبلت شهادتهما، وإن كذبهما وفسقهما؛ لأنه صار مكذبًا في هذا التكذيب شرعًا لما قضى عليه بالدراهم. كذا ههنا، بخلاف ما أورد في المسألة؛ لأن مدعي المائة صار مكذبًا أحد شاهديه، ولم يكذب في هذا التكذيب شرعًا، فلم يسقط اعتبار تكذيبه، أما ههنا بخلافه.

وفي آخر شهادات «المنتقى»: شاهدان شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم، قد اقتضى منها مائة، والطالب يقول: لم أقتض منها شيئًا، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقضى بألف، ويجعل مقتضيًا للمائة.

١٥٢٣٦- وفي «العيون»: إذا شهد الرجلان على آخر بألف درهم، وشهدا أنه قد قضاه خمسمائة، وقال الطالب: لي عليه ألف درهم، وما قضى لي شيئًا، وشهودي صدقوا في الشهادة على الألف، وأوهموا في الشهادة على القضاء، تقبل شهادتهما إن عدلا، ولو قال: شهادتهما بألف حق، وبالقضاء باطل وزور، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه نسبهما إلى الفسق.

ولو شهدا على رجل بألف درهم، والمدعي يدعي ذلك، وشهدا أيضًا للمدعى عليه على المدعي بمائة دينار، والمدعي ينكر ذلك قبلت شهادتهما، وفي المسألة التي مرت على سبيل الاستشهاد.

ثم تكذيب المشهود وتفسيقه إياهم قبل القضاء يمنع القضاء، وتكذيبه وتفسيق إياهم بعد القضاء يوجب بطلان القضاء على ما عليه إشارات «الأصل» و«الجامع».

وحكي عن القاضي أبي علي النسفي: أنه لا يوجب بطلان القضاء، قال: لأن الفاسق ربما يكون صادقًا، وإنما يصلح شاهدًا عندنا، وعلى اعتبار أنه كان صادقًا، لا يجوز إبطال القضاء، وعلى اعتبار أنه لم يكن صادقًا يجوز إبطال القضاء، فلا يجوز إبطال القضاء بالشك، ولأجل هذا المعنى، قلنا: إن التكذيب إذا كان قبل القضاء

بالشك، منع القضاء؛ لأنه كما لا يجوز إبطال القضاء بالشك، لا يجوز القضاء بالشك أيضاً.

نوع آخر:

٥٢٢٧ - وإذا ادعى رجل جارية في يدي رجل، وقال: هذه الجارية كانت لي، وشهد الشهود أنها له، هل تقبل هذه الشهادة؟ لا ذكر لهذه المسألة في الكتب، وقد اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين المدعي وبين الشاهدين على العكس، بأن قال المدعي: إنها له، وشهد الشهود أنها كانت له، تقبل الشهادة، فكذا هنا.

وكذا لو وقع بين المدعي والشاهدين، ومنهم من قال: لا تقبل، وهو الأصح؛ لأن دعوى المدعي أنها كانت له إقرار منه دلالة أنه لا ملك له في الحال، إذ لا فائدة للمدعي في الاستناد مع قيام الملك له في الحال سوى نفي الملك في الحال، وهذا لأنه كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً يعلم بقاء ملكه يقيناً، فيكون دعواه الملك في الحال، وفيما مضى سواء، فيجعل دعواه الملك فيما مضى نفياً للملك في الحال حتى يكون الإسناد مفيداً، بخلاف الشاهد؛ لأن إسناده لا يدل على النفي للحال؛ لأن له فائدة سوى النفي في الحال، وهو أن يشهد بما عاين من سبب الملك بيقين، ولا يشهد ببقاء الملك في الحال؛ لأن بقاء الملك في حقه للحال ثابت باستصحاب الحال؛ لأنه لا يعرف البقاء إلا باستصحاب الحال، والشاهد قد يتحرز عن الشهادة بما ثبت عنده من استصحاب الحال، وعلى قياس ما قالوا: يجب أن لا تقبل الشهادة إذا شهدا أنها كانت للمدعي؛ لأن إسناد المدعي دليل على نفي الملك في الحال، ولو نفى المدعي الملك للحال، وشهد شاهدان أنها كانت له، لا تقبل الشهادة، كذا ههنا.

وإن شهد الشهود [بالملك][1] أن هذا العين كان ملك المدعي، والمدعي يدعي الملك في الحال تقبل شهادتهم؛ لأن بشهادتهم ثبت الملك في زمان الماضي، وما عرف ثبوته في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل.

---

(١) هكذا في الأصل فقط.

ولو عاين القاضي إقرار المدعي عليه أنها كانت في يده أمس ثبت أخذه من المدعي لا محالة، كذا ههنا.

وبخلاف ما إذا عاين القاضي كونه في يد المدعي أمس؛ لأن كونه في يده أمس هناك ثابت من غير قضاء، ومن ضرورته الأخذ منه، وبخلاف ما إذا شهدوا أنه أخذها من المدعي؛ لأن الأخذ هناك قد ثبت بنص الشهادة، أما هنا بخلافه، وبخلاف ما إذا تنازع رجلان في دار، كل واحد يدعي أنها له، وفي يديه، وأقاما البينة على أنها كانت في أيديهما، فإن القاضي يقضي بكون الدار في أيديهما للحال مع الاحتمال الذي ذكرنا؛ لأن هناك القاضي لا يتيقن بزوال يدهما، بخلاف ما إذا كانت في يد ثالث، وحقيقة الفقه في ذلك أن اليد إذا كانت ثابتة للغير بيقين، لا يجوز نقضها بحجة محتملة، فإذا كانت الدار في يد ثالث، فاليد للمدعي عليه ثابتة بيقين، والحاجة إلى نقضها، ويد المدعي فيما مضى محتملة، فلا يجوز نقض يد المدعي عليه الثابتة بيد محتملة للمدعي فيما مضى.

فأما إذا لم يكن الدار في يد ثالث، فليس في جعلها في أيدي المدعيين إبطال يد ثابتة[1] بيقين، فكان القضاء بكونها في أيديهما، وقد قام لهما نوع دليل أولى من جعلها في يد الغير، وليس عليه دليل.

١٥٢٣٠- وفي "نوادر ابن سماعة" عن محمد: في أجمة أو غيضة تنازع فيها فريقان، كل فريق يدعي أنها له، وفي يده، فشهد الشهود لأحد الفريقين أنها في يديه، أو شهدوا لهما أنها في أيديهما، فإن لم يسألهم القاضي من تفسير ذلك، ولم يزيدوا عليه، فهو مستقيم، وإن سألهم عن تفسير ذلك، فهو أوثق وأحسن، وهذا لأن اليد على الأجمة إنما يعرف بالدليل، وعسى يرى الشاهد شيئًا يظنه دليلا على اليد، ولا يكون دليلا، فإن سأله ليزول الاشتباه، فهو أحسن، وإن لم يسأله، واكتفى به، فله ذلك؛ لأن السؤال عسى يفضي إلى بطلان الشهادة مع كون الشاهد محقًا، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالملك المطلق في العين، أو في الدين، وقضى القاضي بشهادتهم من غير أن يسألهم عن تفسير ذلك جاز، كذا ههنا.

---

(١) وفي م ثابتة.

ثم بيّن ما يعرف به اليد على الغيضة والأجمة، فقال في الغيضة: إذا كانوا يقطعون الأشجار عنها، ويبيعونها، أو ينتفعون بها منفعة يعرف من هذا، أو ما أشبه ذلك، فهذا مما يستدل به على أنها في أيديهم

وقال في الأجمة: إذا كانوا يأخذون القصب ويقطعونها في الصرف إلى حوائج أنفسهم، أو للبيع، أو ما أشبهه، فهذا يستدل له على أنها في أيديهم، وهذا لأن اليد في عرف لسان الفقهاء القدرة على التصرف من حيث الآلة، واليد التي هي دليل الملك القدرة على التصرفات التي تختص بالملك، يعني به الانتفاع المطلوب من العين من غير منازع، فإذا شاهدنا قدرته على الانتفاع بالعين انتفاعًا، بطلب من تلك العين، علمنا أن اليد التي هو دليل الملك ثابت في حقه.

إذا ثبت هذا، فنقول: الانتفاع المطلوب من الأجمة والغيضة الحطب والقصب لا الزراعة والسكنى، فإذا شاهدناهم يقطعون الشجر والقصب، ويصرفونه إلى حاجتهم، أو يبيعونها وما أشبه ذلك من غير منازع، علمنا أن اليد الذي هو دليل الملك ثابت في حقهم.

قال محمد: وإذا تنازع الرجلان في دار، وكل واحد منهما يدعي أنها في يده، فأقام أحدهما بينة أنهم رأوا دوابه في هذه الدار[1]، أو غلمانه يدخلونها، ويخرجون منها، فالقاضي لا يقضي باليد للذي شهد له الشهود بما وصفنا، حتى يقولوا: كانوا سكانًا فيها، فإذا قالوا: ذلك، قضيت بأنها في يد صاحب الغلمان والدواب، وهذا لما ذكرنا أن العبرة في هذا الباب للقدرة على الانتفاع بما هو المطلوب من العين، والدار لا يتخذ لدخول الغلمان وخروجهم منها، ولربط الدواب[2] فيها، وإنما اتخذ للسكنى فيها، فما لم يشهدوا بذلك لم يشهدوا باليد عليها

(١) لعله أنهم رأوا ربط دوابه في هذه الدار.

(٢) هكذا في الأصل وف، وكان في م: ولو ربط الدواب وكان في ط: أو ربط الدواب

الفصل الحادي والعشرون

في الاختلاف الواقع بين الشاهدين

١٥٢٣١ - قال محمد في كتاب الغصب : وإذا ادعى رجل جارية في يدي رجل ، وجاء بشاهدين ، شهد أحدهما أنها جارية غصبها منه هذا ، وشهد الآخر أنها جاريته ، ولم يقل : غصبها منه هذا ، تقبل شهادتهما ؛ لأنهما شهدا جميعًا بمطلق الملك ، إلا أن أحدهما تفرد بزيادة ، فما اتفقا عليه يثبت ، وما تفرد به أحدهما لا يثبت .

وإن شهد أحدهما أنها جاريته ، وشهد الآخر أنها كانت جاريته ، تقبل هذه الشهادة أيضًا ، ويقضى بالجارية للمدعي ؛ لأنهما اتفقا على الملك له في الحال ؛ لأن أحدهما شهد أنها له ، وهذا اللفظ للحال ، والآخر شهد أنها كانت له ، وما ثبت للمشهود له من الملك يبقى إلا أن يوجد المزيل ، فقد اتفقا على الحال من هذا الوجه ، فقبل شهادتهما ، وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنها كانت في يده ، وشهد الآخر أنها في يده ، فإنه لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة ، وقد شهدا له باليد في الحال .

١٥٢٣٢ - قال محمد في "الجامع الصغير" في الرجل يشهد له الشاهدان على رجل بمال ، فشهد أحدهما على ألف ، وشهد الآخر على ألف وخمسمائة ، والمدعي يدعي الألف ، فشهادة الذي شهد بالألف والخمسمائة باطلة .

يجب أن يعلم بأن موافقة الشاهدين فيما شهدا به شرط جواز القضاء بشهادتهما ؛ لأن القضاء إنما يجوز بالحجة ، والحجة شهادة المثنى ، فما لم يتفقا فيما شهدا به ، لا توجد الحجة ، وهي شهادة المثنى ، وبدون الحجة لا يقطع الحكم ، وإذا ثبت أن الموافقة شرط كانت المخالفة مانعة القبول ، وبعد ذلك نقول : إن كانت المخالفة في اللفظ والمعنى لا تقبل الشهادة ، وإن كانت المخالفة في اللفظ دون المعنى ، تقبل الشهادة ، وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة ، والآخر على العطية ، وهذا لأن نفس اللفظ ليس بمقصود في الشهادة ، بل المقصود ما تضمنه اللفظ ، وهو ما صار اللفظ علمًا عليه ، فإذا وجدت الموافقة في ذلك ، لا تضر المخالفة فيما سواه .

خلافًا لهما بناء على حكم المسألة، فنقول: لا يخلو إما أن يدعي المدعي أقل المالين، وهو ألف درهم، أو أكثرهما، وهو ألف وخمسمائة، فإن ادعى أكثر المالين، تقبل شهادتهما على الألف؛ لأنهما اتفقا على الألف لفظًا ومعنى، إلا أن أحدهما عطف عليه زيادة، فتقبل شهادتهما على ما اتفقا عليه، وهو الألف، وانفردت الزيادة بشهادة أحد الشاهدين بها.

وإن ادعى أقل المالين، لا يقضى بشهادتهما أصلًا؛ لأن المدعي صار مكذبًا أحد شاهديه، وهو الذي شهد بالأكثر، فلم يبق له إلا شاهد واحد، فلا يقضى بهذه الشهادة إلا إذا وفق المدعي، فقال: كان لي على هذا المدعى عليه ألف وخمسمائة، كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنه قضى لي خمسمائة، ولم يعلم هذا الشاهد به، وإذا وفق على هذا الوجه، يزول التكذيب، ويقضى بشهادتهما.

١٥٢٣٣ - روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل بألف درهم، وشهد له شاهد بألف درهم، وشهد آخر بألف وخمسمائة، فالقاضي يسأل المدعي أكان لك عليه في الابتداء ألف وخمسمائة، واستوفيت خمسمائة، أو أبرأته عن خمسمائة، أو لم يكن لك عليه في الابتداء إلا ألف درهم، ويبني الحكم على قوله.

وعلى هذا إذا شهد أحدهما بمائة، وشهد الآخر بمائة وخمسين إن كان المدعي يدعي مائة لا تقبل الشهادة أصلًا، وإن كان يدعي مائة وخمسين، تقبل الشهادة على مائة، وأما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بألفين، أو شهد أحدهما بمائة، والآخر بمائتين، والمدعي يدعي أكثر المالين، لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة أصلًا، وعندهما تقبل على الأقل، وهو الألف.

وإن شهد أحدهما بتطليقة، والآخر بتطليقتين، فهو على هذا الاختلاف أيضًا، فوجه قولهما أنهما اتفقا على الأقل؛ لأن الذي شهد بالألفين والذي شهد بالتطليقتين شهد بالألف وزيادة وبالطلقة؛ لأن في الألفين ألف، وفي المائتين مائة، وفي التطليقتين طلقة لا محالة، فهو معنى قولنا: اتفقا على الأقل، فتقبل الشهادة على الأقل كما في المسائل المتقدمة، وكما في تطليقة ونصف تطليقة.

ولأبي حنيفة أنهما اختلفا لفظًا ومعنى. أما لفظًا فظاهر؛ لأن لفظ الألفين غير لفظ

الألف، وكذا لفظ المائتين غير لفظ المائة، وأما معنًى فلأنه يراد بالمثنى غير ما يراد بالواحد، وإذا ثبت الاختلاف لفظًا ومعنًى، لا يثبت واحد منهما، إذ ليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد، وقوله: بأن الألف في الألفين والمائة في المائتين، قلنا: نعم إذا ثبت الألفان والمائتان، ولم يثبت ههنا؛ لأنه لم يقم عليه إلا شاهد واحد.

ولو شهد أحدهما بخمسة وعشرين، وشهد الآخر بعشرين، والمدعي يدعي خمسة وعشرين، تقبل الشهادة على عشرين، فرق أبو حنيفة بين هذا وبينما إذا شهد أحدهما بخمسة عشر، والآخر بعشرة، والمدعي يدعي خمسة عشر حيث لا تقبل الشهادة عنده أصلاً، والفرق أن خمسة عشر اسم واحد، وأنه غير العشرة لفظًا ومعنًى، فلم يتفقا على أقل المالين لفظًا ومعنًى، وأما الخمسة والعشرون اسمان مختلفان، ألا نرى كيف عطف أحدهما على الآخر، والعطف يقتضي المغايرة، فاتفقا على أقل المالين، فجاز أن يقضي بشهادتهما بالأقل.

١٥٢٣٤- وإذا شهد شاهدان لرجل على رجل بألف درهم، إلا أن أحدهما قال: إنه سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود، فإن كان المدعي يدعي السود، لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لأنه ادعى أقل المالين، فصار مكذبًا الشاهد الذي شهد بالبيض، فلا تقبل شهادتهما إلا أن يوفق[1] المدعي، فيقول: كان لي عليه بيض، كما شهد به هذا الشاهد، إلا أني أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد، ولم يعلم به هذا الشاهد[2]، فإذا وفق على هذا الوجه، تقبل شهادتهما على السود، لأنه زال التكذيب، وإذا كان[3] يدعي البيض تقبل شهادتهما على السود؛ لأنهما اتفقا على الأقل لفظًا ومعنى، ولم يصر المدعي مكذبًا أحدهما، فلا بد من قبول شهادتهما على ما اتفقا عليه.

وكذلك هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد إذا اتفقا على قدر أو وصف، واختلفا فيما زاد على ذلك، تقبل الشهادة فيما اتفقا عليه إن ادعى المدعي

(١) هكذا في ط وم والأصل، وكان في ف: يوافق.

(٢) وفي ف: الشاهد الآخر.

(٣) وفي ف: وإن كان.

أصلهما، ومن دعوى أنهما لا تقبل شهادتهما أصلاً، لما ذكرنا.

فأما إذا اختلف الجنس، لا تقبل شهادتهما إن اختلفا كيفما اختلف، بأن شهد أحدهما مثلاً على كر حنطة، والآخر على كر شعير؛ لأن الشعير غير الحنطة، فلم يتفقا على شيء واحد، إذ على الحنطة شاهد واحد، وعلى الشعير كذلك، ولا يقضى بشاهد الفرد في موضع ما.

١٥٢٣٥ - ولو شهد أحدهما بتطليقة واحدة بائنة، وشهد الآخر بثلاث تطليقات، فهي تطليقة واحدة تملك الرجعة عندهما؛ لأن الشاهدين اتفقا على تطليقة واحدة، فيثبت ما اتفقا عليه، ثم اختلفا في صفة هذه الطلقة، شهد شاهد الثلاث بهذه الطلقة خالية عن صفة البينونة؛ لأن صريح الطلاق لا يقتضي البينونة للحال، وإذا وجد الثلث البينونة مضاف إلى الطلقة الأخيرة، ولم يقض بالصفة الأخيرة بعد، والشاهد الآخر شهد بكونها بائنة، فقد شهد بأن هذه الطلقة، وتفرد أحدهما بصفة البينونة، فلم تثبت صفة البينونة، وصريح الطلاق العاري عن صفة البينونة يكون رجعياً.

١٥٢٣٦ - ولو شهد ثلاثة شهد أحدهم بتطليقة واحدة، وشهد آخر بتطليقتين، وشهد آخر بثلاث تطليقات، وقد دخل بها، فهي طالق ثلاثاً؛ لأن الشاهد بالثلاث والشاهد بالتطليقتين اتفقا على التطليقتين، ويقضى بوقوع ما اتفقا عليه، فيقع تطليقتان. بقي الشاهد بالثلاث شاهداً بتطليقة أخرى، وقد انضم إلى شهادته شهادة الذي شهد أولاً بتطليقة، فتثبت هذه الطلقة بشهادتهما أيضاً، فيقع ثلاث تطليقات لهذا(١). وإن لم يقع تطليقتان؛ لأنا ما قضينا بوقوع التطليقتين فقد بانت منه، فلا يتصور وقوع تطليقة أخرى بعد ذلك، فلهذا قال: يقع تطليقتان.

١٥٢٣٧ - [ثم](٢) قال في كتاب الأقضية: وإذا شهد شاهدان على إقرار رجل بدين، أو غصب، أو براءة من مال، أو كفالة بمال، أو بنفس، أو حوالة، أو ما أشبه ذلك، واختلفا في الساعات، والأيام والشهور، والبلدان، فالشهادة مقبولة، ولا يضرهما هذا الاختلاف.

(١) يعني: وقعت ثلاث تطليقات من هذا الوجه وإن لم يدخل بها.

(٢) ما بين [illegible]

يجب أن يعلم بأن الشاهدين إذا اتفقا على المشهود به، لكنهما اختلفا في الزمان والمكان، فإن كان المشهود به فعلاً، لا تقبل شهادتهما؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في مكان أو زمان آخر، فقد اختلف المشهود به، واختلافهما في المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما.

وإن كان المشهود به قولاً، فإن كان قولاً يستغني صحته عن الفعل؛ نحو الإقرار، وما أشبهه، فإن كان هذا القول مما كان صيغة الإنشاء والإقرار فيه واحداً، كالبيع والطلاق، فإنه في الإنشاء يقول: بعت وطلقت، وكذلك في الإقرار يقول: طلقت وبعت، فإذا اختلفا في الزمان والمكان فيه، لا يمنع ذلك قبول شهادتهما؛ لأن الإقرار مما يعاد، ويكرر، ويكون الثاني عين الأول، فلم يختلف المشهود به باختلاف المكان والزمان، وكذلك في البيع والطلاق وما أشبهه؛ لأن الثاني يكون إقراراً بما سبق منه من الإنشاء، والمقر به ليس غير الأول، فأمكن القضاء به بشهادتهم.

فأما إذا كان صيغة الإنشاء[1] والإقرار مختلفاً، نحو القذف، فإنه يقول في إنشاء القذف: يا زاني! وفي الإقرار يقول: قذفت فلاناً بالزنا، فإذا اختلف الشاهدان في الزمان والمكان، لا تقبل شهادتهما عند أبي يوسف، ومحمد، كالفعل.

وإن كان المشهود به قولاً، كان الفعل شرط لصحته كالنكاح، فإنه قول، ولكن حضور الشاهدين شرط صحته، وأنه فعل، وإذا اختلف الشاهدان في الأوقات والأماكن فيه، لا تقبل شهادتهما؛ لأنه لما لم يتصور وجود النكاح الصحيح إلا بوجود الفعل، كان اختلافهما في الزمان والمكان فيه نظير اختلافهما في الزمان والمكان فيما إذا كان المشهود به فعلاً، واختلفا في آلة ذلك الفعل، بأن شهدا بالقتل، غير أن أحدهما شهد بالقتل بالعصا، وشهد الآخر بالقتل بالسيف، لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به مختلف، فالقتل بالعصا غير القتل بالسيف حقيقة وحكماً، واختلافهما في المشهود به يمنع القضاء بشهادتهما

وإذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة، فنقول: إذا شهد شاهدان على إقرار رجل بدين، أو بيع، أو براءة من مال، أو كفالة بمال أو بنفس أو أمثالها، واختلفا في الساعات

---

(١) وفي ب: [illegible] مكان واو

في الأيام والشهور والسنين والبلدان، تقبل شهادتهما؛ لأن الإقرار مما يعاد ويكرر، فيكون الثاني غير الأول، فلم يختلف المشهود به، فتقبل شهادتهما.

وكذلك إذا شهدا بالبيع، واختلفا في الزمان والمكان، قبلت شهادتهما لما ذكرنا، وكذلك إذا شهد أحدهما بالبيع، والآخر على الإقرار بالبيع، قبلت؛ لأن الإقرار والإنشاء في البيع سواء؛ لأنه يقول في الإنشاء: بعت، كما يقول في الإقرار: بعت، فلم يختلف المشهود به، فلا يمنع ذلك صحة الشهادة والقضاء بها.

وفي «المنتقى»: إذا شهد شاهدان على الإقرار بالدين، واختلفا في المكان والأيام، فعلى قول أبي حنيفة: الشهادة مقبولة، قال أبو يوسف: ما قال أبو حنيفة قياس، ولكني أستحسن وأبطل الشهادة، بل أكثر الشهادات باطلة.

قال في «كتاب الأقضية»: وكذلك في جميع الأقوال التي كانت صيغة الإنشاء والإقرار فيها واحدة، كالهبة والقرض، وما أشبه إذا شهد أحدهما بالإنشاء، والآخر بالإقرار فيه، تقبل شهادتهما لما قلنا.

فإن قيل: أليس أن القرض فعل؛ لأنه إنما يتم بالإقراض، ويحصل عليه صاحبه بالقبض، فصار كما لو شهد أحدهما على الفعل، والآخر على الإقرار به، وثمة لا تقبل؟

قلنا: ليس كذلك، بل القرض قول؛ لأن المستقرض إنما يصير مالكاً للمستقرض، ويثبت له التصرف فيه بالقبول، وهو قوله: أقرضت، فأما القرض وإن سلم إليه الدراهم، والقبض لا يصير مضموناً عليه، ولا يملك التصرف فيه ما لم يقل: أقرضت، فعرفنا أن الإقراض قول، وصيغة الإنشاء والإقرار فيه سواء؛ لأنه يقول في الإقرار: استقرضت، كما يقول في الإنشاء، فلم يكن المشهود به مختلفاً، فلا يمنع قبول الشهادة.

١٥٢٣٨- قال محمد في كتاب الرهن: وإذا شهد شاهدان على الرهن ومعاينة القبض، واختلفا في الزمان أو في المكان، فمعلوم أنه وقع في بعض نسخ رهن الأصل أن الشهادة مقبولة، ولم يذكر فيه خلافاً، ووقع في بعض نسخ رهن الأصل أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: تقبل هذه الشهادة، وعلى قول محمد: لا تقبل.

وذكر في شهادات الأصل: أن هذه الشهادة لا تقبل عند محمد، وهو القياس، وعلى هذا الاختلاف الهبة والصدقة، والقبض في البيع الفاسد، وإن شهدا على الإقرار بالقبض، واختلفا في الزمان والمكان، تقبل هذه الشهادة بلا خلاف.

وحجة محمد ظاهر: أن هذه شهادة قامت على الفعل، وهو القبض، واختلاف الشهود في الزمان والمكان يمنع قبولها قياسًا على القتل والغصب؛ بخلاف ما إذا شهد على الإقرار بالقبض؛ لأن هناك الشهادة قامت على القول، وهو الإقرار.

ولهما طريقان: أحدهما يخص مسألة الرهن، والثاني يعم المسائل، أما الذي يخص الرهن أن الشهادة قامت على ما يُعاد ويكرر، فاختلاف الشهود من حيث المكان والزمان لا يمنع قبولها قياسًا على ما لو قامت على القول.

بيانه: إذا القبض في باب الرهن مما يعاد ويكرر في رهن واحد، فإن المرتهن قد يعير الرهن من الراهن، أو يغصب منه الراهن، ويبقى الرهن على حاله، فيعيد المرتهن القبض مرة أخرى، ويكون القبض الثاني عين الأول من حيث الحكم؛ لأنه لا يفيد من الحكم، وهو الضمان إلا ما أوجبه القبض الأول حتى إذا كان بقيمة الرهن وفاء بالدين وقت القبض الأول، ولم يكن بقيمته وفاء وقت القبض الثاني إذا هلك يهلك بالدين؛ وكذلك إذا لم يكن بقيمته وفاء وقت القبض الأول، وصار بقيمته وفاء وقت القبض الثاني إذا هلك يعتبر قيمته يوم القبض الأول، فكان كالقول من هذا الوجه، بخلاف القتل؛ فإنه لا يتكرر في شخص واحد، والغصب وإن كان يتكرر إلا أن الثاني غير الأول حقيقة وحكمًا؛ لأنه يفيد حكمًا آخر غير الأول، ألا ترى أنه لو ازداد قيمته بعد الغصب الأول، فإنه يضمن الزيادة بالغصب الثاني، وههنا بخلافه، ولكن هذه الطريقة لا تصح على الهبة والصدقة، فإن القبض الأول أفاد الملك، والثاني لا يفيد الملك.

والطريقة الثانية: أن القبض وإن كان فعلاً من حيث الحقيقة، فهو قول حكمًا؛ لأن القبض في هذه العقود إنما يعتبر حكمه باعتبار العقد المتقدم، فإن العقد المتقدم إن كان هبة أو صدقة، أفاد القبض الملك، وإن كان رهنًا صار مضمونًا بالأقل من قيمته، ومن الدين، وإنما تثبت هذه الأحكام بالقبض بسبب العقد المتقدم لولا العقد المتقدم، لصار غاصبًا بهذا القبض، فكان القبض في هذه المسائل تبعًا للعقد؛ لأن ما يبتنى على الشيء

يكون تبعًا له، بحكم البيع حكم المتبرع، فيصير في حكم القول من هذا الوجه، بخلاف القتل والغصب؛ لأن ثبوت حكمهما ما كان باعتبار القول، حتى يجعل في حكم القول تبعًا للقول.

١٥٢٣٩- قال في كتاب الطلاق: إذا شهد أحد الشاهدين أنه طلقها يوم الخميس واحدة، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة واحدة، أو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة في رمضان، وشهد الآخر أنه طلقها في شوال، تقبل هذه الشهادة؛ لأن الطلاق قول، والقول مما يعاد ويكرر، وصيغة الإنشاء، والإقرار فيه واحد، فيكون الثاني عين الأول، فلم يوجب اختلافهما في الزمان اختلاف المشهود به، ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما.

ولو شهد أحدهما: أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه طلقها في يوم النحر من ذلك العام بكوفة؛ لا تقبل شهادتهما، لا لاختلاف المكان، فقد ذكرنا أنه لا يمنع قبول الشهادة في الطلاق، ولكن لأن القاضي قد تيقن بكذب أحد الفريقين، فإن الشخص الواحد لا يكون بمكة وكوفة في يوم واحد على مجرى العادة.

ولو شهدا على يومين متفرقين، وبينهما قدر سير الراكب من كوفة إلى مكة، قبلت شهادتهما؛ لجواز أن يكون في هذين اليومين[1] في كلا الموضعين، فلم يبق إلا اختلاف المشهود في المكان، وأنه لا يمنع قبول الشهادة في الأقوال، كما قررنا، وصار هذا كما إذا قال أحدهما: طلقها في يوم الجمعة في داره، وقال الآخر: طلقها في هذا اليوم في بيته، فإنه تقبل هذه الشهادة؛ لما ذكرنا، كذا هذا.

١٥٢٤٠- قال في "الأصل": وإذا شهد أحد الشاهدين أنه تزوج فلانة يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الخميس، لا تقبل هذه الشهادة، وكذلك إذا اختلفا في المكان، أو في الإنشاء والإقرار؛ لأن النكاح وإن كان قولًا، إلا أنه يتضمن فعلًا، وهو إحضار الشهود، فكان بمنزلة الفعل من حيث إنه لا صحة له إلا بالفعل، واختلاف الشهود في المكان والزمان والإنشاء والإقرار في الأفعال يمنع قبول الشهادة.

وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف في شاهدين قال أحدهما: أشهدني هذا منذ عشرين سنة أنه زوجه أمته هذه، وشهد الآخر أنه أشهدني منذ أحد عشر سنة أنه

---

(١) وكان في الأصل: الوقتين.

زوجه أمته هذه، فالشهادة باطلة، إذ لم يشهد على العقد رجلان، وإن قال: أشهدني منذ عشرين سنة ومعي غيري، وقال الآخر: أشهدني منذ أحد عشر سنة، ومعي غيري، فالشهادة جائزة، وقد ذكرنا في المسألة المتقدمة، وهي مسألة "الأصل"، أن الشاهدين إذا اختلفا في النكاح في الأيام، لا تقبل شهادتهما، ولم يفصل الجواب فيها على هذا التفصيل، وههنا فصل، فإن كانت تلك الرواية محمولة على هذا التفصيل، فليس بينهما اختلاف، وإن كان مطلقة من غير تفصيل، كان فيه اختلاف الروايتين.

فوجه هذه الرواية أنه إذا قال كل واحد منهما: ومعنا غيرنا، فقد شهد بنكاح صحيح، فلم يبق إلا اختلافهما في الزمان والنكاح قول، واختلاف الشهود في الزمان في الأقوال لا يمنع قبول الشهادة، كما إذا شهدا بالبيع، واختلفا في الزمان، بخلاف ما إذا لم يقولا: كان معنا غيرنا؛ لأنه لما لم يثبت حضرة غيرهما، فقد شهد كل واحد منهما على نكاح لم يحضره إلا واحد، وأنه فاسد، والقاضي لا يقضي بالنكاح الفاسد، ولا يسمع البينة عليه، فلهذا لا تقبل شهادتهما.

ووجه رواية "الأصل": أن النكاح إن كان قولا، ولكن شرط صحته الفعل، وهو حضرة الشهود، فمنع الاختلاف فيه قبول الشهادة، كما لو شهدا بالفعل كالغصب ونحوه، واختلفا في الزمان، وهذا لأن اختلافهما في الزمان في الفعل إنما منع قبول الشهادة؛ لأنه يوجب اختلاف المشهود به؛ لأن الفعل لا يعاد ولا يكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الموجود في الزمان الأول، بخلاف القول، فإنه يعاد ويكرر، فكان الموجود في الزمان الثاني غير الأول، فلم يختلف المشهود به، فإذا كان قولا شرط صحته الفعل[1]، ولا وجود له على صفة الصحة بدون ذلك الفعل يصير مختلفا لاختلاف الفعل ضرورة، واختلاف الزمان يوجب اختلاف الفعل، ويوجب اختلاف هذا القول، فاختلف المشهود به، فلا تقبل شهادتهما.

١٥٢٤١ - قال في كتاب الحدود: إذا شهد أحد الشاهدين على القذف، والآخر على الإقرار بالقذف، لا تقبل الشهادة، وهذا بلا خلاف، ولو اتفقا على القذف، واختلفا في الزمان أو المكان، قال أبو حنيفة: تقبل هذه الشهادة، ويقضي على القاذف

---

(١) وكان في ب: للفعل

بالجلد، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل هذه الشهادة.

وجه قولهما: إن المشهود به إن كان متحدا باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن المشهود به كلام، والكلام مما يعاد ويكرر، ويكون الثاني عين الأول، فهو مختلف من حيث الحقيقة؛ لأن تكلمه بالقذف يوم الجمعة غير تكلمه بالقذف يوم السبت حقيقة، باعتبار الحقيقة تثبت شبهة الغيرية في المشهود به، والشبهة في باب الحد كالحقيقة، والدليل على أنه لو شهد أحدهما بالقذف بالعربية، وشهد الآخر بالقذف بالفارسية، لا تقبل هذه الشهادة، وإن اتحد المشهود به من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن الكلام قد يكون بلغتين مختلفتين، ويراد بالثاني عين الأول، إلا أنهما اختلفا من حيث الحقيقة، فثبتت شبهة الغيرية باعتبار الحقيقة، والدليل عليه أنه إذا شهد أحدهما بالإقرار، والآخر بالإنشاء، لا تقبل الشهادة، وإن اتحد المشهود به باعتبار المعنى، كذا ههنا.

وأبو حنيفة يقول: بأن في حد القذف حق الله تعالى وحق العبد، وشبهة الغيرية لا تمنع القضاء بما هو خالص حق الله تعالى من الحدود، فيتوفر على الشبهين حظهما، فنقول: متى ثبت الاتحاد في المشهود به من وجهين، وثبتت الشبهة[1] من وجه واحد، فإنه يجب القضاء عملا بحق العبد، ومتى ثبت الشبهة في المشهود به من وجهين، وثبت الاتحاد من وجه واحد، فإنه لا يجب القضاء عملا بحق الله تعالى، فيما نحن فيه الاتحاد في المشهود به ثابت من وجهين من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار، وباعتبار اللفظ والصيغة وهو كلمة القذف، فإنه قال في الوقتين جميعا: يا زاني! وإنما ثبت الشبهة من وجه واحد من حيث الحقيقة، فإن تكلمه يوم الجمعة بهذه الكلمة غير تكلمه به يوم السبت، وثبوت الشبهة من وجه لا تمنع القضاء بما فيه من حق العبد. فأما في العربية والفارسية الشبهة من وجهين: من حيث الحقيقة ومن حيث اللفظ، فتكلمه بالفارسية غير تكلمه بالعربية، وإنما ثبت الاتحاد من وجه واحد، باعتبار الإعادة والتكرار، فترجح جانب الشبهة، فمنع القضاء بحق الله تعالى؛ لأن معظم الحق في هذا الحد لله تعالى.

(١) وفي الأصل: الشبه.

(٢) كذا في ظ، الزنا.

وكذلك في الإنشاء والإقرار، لأن المشهود به ثبت من وجه دون وجه من حيث الكلام، ومن حيث اللفظ، فإن كلمة الإنشاء في القذف غير كلمة الإقرار في الإنشاء، بقوله: زنيت أنت زان، وفي الإقرار يقول: قذفته بالزنا، ففيما قاله أبو حنيفة في حد القذف عمل بالشبهين بحق الله تعالى وحق العبد بقدر الإمكان، وهما أسقطا اعتبار حق العبد في باب القذف عند اختلاف الشاهدين في الشهادة جميعًا، وألحقاه بالحدود الخالصة لله تعالى، ومهما أمكن العمل بالشبهين في الموضع[1] لا يجوز تعطيل أحدهما، فكان ما قاله أبو حنيفة أولى من هذا الوجه.

١٥٢٤٢ - وإذا شهد أحد الشاهدين على القتل، والآخر على إقرار القاتل بالقتل، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل فعل، والإقرار قول، والقول غير الفعل، فاختلف المشهود به.

وكذلك لو اتفقا على القتل، واختلفا في المكان أو الزمان، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن المشهود به قد اختلف؛ لأن الفعل الثاني غير الفعل الأول حقيقة وحكمًا، أما حقيقة فظاهر، لأن الأول حركات مضت، والثاني حركات تحصل الآن، وأما حكمًا فلأنه لا يمكن أن يجعل الثاني إخبارًا عن الأول حتى يقدر تكرار الأول، وإعادة له؛ لأن الإخبار بالفعل غير الفعل لا يكون، فيكون الثاني فعلًا آخر غير الأول حقيقة وحكمًا.

وكذلك كل ما يكون من باب الفعل، نحو الشجة وغير ذلك، فاختلاف الشهود في الإنشاء والإقرار، وفي الزمان أو في المكان يمنع قبول الشهادة. وكذلك إذا اختلفا في الآلة التي كان بها القتل، بأن شهد أحدهما أنه قتله بحجر، وقال الآخر: قتله بعصا كبير، أو شهد أحدهما أنه قتله بالعصا، وقال الآخر: قتله بيده، لا تقبل الشهادة؛ لأن المشهود به قد اختلف؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، ولأن القتل الواحد لا يتصور بآلتين، كما لا يتصور في زمانين أو مكانين.

١٥٢٤٣ - وكذلك إذا شهد أحدهما أنه قتله عمدًا، وشهد الآخر أنه قتله خطأ، لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به مختلف؛ لأن العمد غير الخطأ، وحكمهما مختلف. وإن قال أحدهما: قتله بالسيف، وقال الآخر: لا أحفظه، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن

---

(١) وفي ق: الموضع

الذي قال؛ لأن خصمه أقر على نفسه بالغفلة والنسيان، وأنه يبطل الشهادة.

٤٤٢٥ - قال محمد في المأذون في "الجامع الكبير": وإذا لحق العبد دين، فقال المولى: عبدي محجور عليه، وقال الغرماء: هو مأذون، فالقول قول المولى، فإن جاء الغرماء بشاهدين شهد أحدهما أن المولى أذن له في شراء البُرّ، وشهد الآخر أنه أذن له في شراء الطعام، فشهادتهما جائزة.

وكذلك لو شهد أحدهما: إن المولى قال له: اشتر البُرّ وبِعْ، وشهد الآخر أن المولى قال له: اشتر الطعام وبع، تقبل الشهادة؛ لأنهما اتفقا على ما يوجب الإذن، وهو قول المولى: اشتر لي وبع، واختلفا فيما لا يحتاج إليه لصحة الإذن، فثبت بشهادتهما ما اتفقا عليه، ويصح، وهو أن قوله: اشتر البر وبع إذن في جميع التجارات، وكذلك قوله: اشتر الطعام وبع إذن في جميع التجارات، فكان كل واحد منهما شاهدًا بالإذن في عموم التجارات معنًى، فثبتت الموافقة بينهما.

ولو شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البُرّ، وشهد الآخر أنه رآه يبيع ويشتري وسكت، لا تقبل شهادتهما، ولا يثبت الإذن؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، شهد أحدهما على القول، وشهد الآخر على الفعل.

ولو شهد أحدهما أن المولى رآه يشتري البر ويبيع، ولم ينهه عن ذلك، وشهد الآخر أنه رآه يشتري الطعام، فلم ينهه عن ذلك، لا تقبل الشهادة، واختلف عبارة المشايخ في تخريج المسألة، فعبارة بعضهم أن كل واحد منهما شهد بفعل غير الفعل الذي شهد به صاحبه، ولم يثبت شهادة كل واحد منهما؛ لانعدام الحجة، فلا يثبت الإذن، بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البُرّ، وشهد الآخر أنه أذن له في شراء الطعام؛ لأن هناك اتفقا على شيء واحد، وهو قول المولى: اشتر وبع.

وعبارة بعضهم: إن الإذن هنا إنما ثبت بالرؤية، وثبوت الإذن بالرؤية لا يتحقق بدون المرئي، ولم يمكن إثبات المرئي هنا؛ لأن المرئي شراء البر، وشراء الطعام، وليس على كل واحد من الشراءين إلا شاهد واحد، وإذا لم يمكن إثبات المرئي، وهو الشراء، لم يثبت الإذن، بخلاف تلك المسألة؛ لأن هناك الإذن يثبت بقول المولى: أذنت لك، أو بقوله: اشتر أو بع، وقد أمكن إثبات ذلك؛ لأن الشاهدين اتفقا عليه.

١٥٢٤٥ - قال في كتاب السرقة: وإذا شهد شاهدان على رجل بسرقة بقرة، واختلفا في لونها، قال أحدهما: هي بيضاء، وقال الآخر: هي سوداء، قال أبو حنيفة: تقبل شهادتهما، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل شهادتهما، وذكر الكرخي في كتابه: هذا الاختلاف في لونين يتشابهان، كالحمرة والصفرة، وفي لونين لا يتشابهان ذكر أن الشهادة لا تقبل إجماعاً، والأصح أن الخلاف في الكل واحد.

فوجه قولهما: إن المشهود به قد اختلف من حيث الحقيقة على وجه لا يمكن التوفيق، فلا تقبل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه سرق بقرة، وشهد الآخر أنه سرق ثوراً، أو شهد أحدهما أنه سرق بقرة، وشهد الآخر أنه سرق حماراً، والدليل عليه: إنهما إذا شهدا بالغصب، واختلفا في لون البقرة، فإنه لا تقبل الشهادة مع أن الدعوى ثبت في الضمان، والضمان لا يندرئ، فلأن لا تقبل الشهادة على السرقة، وقد تعلق بها ما يندرئ بالشبهات أولى.

وأبو حنيفة يقول: اختلفا فيما لم يكلفا نقله؛ لأن بيان لون البقرة ما ليس من صلب الشهادة، حتى لو سكتا عن بيانه، فالقاضي لا يكلفهما ذلك، ويقضي بشهادتهما، والتوفيق ممكن ههنا، بأن كان أحد شقيها بيضاء، والآخر سوداء، قلنا: الاختلاف فيما لم يكلف الشاهد نقله إذا أمكن التوفيق، لا يمنع قبول الشهادة.

فإن قيل: التوفيق على هذا الوجه غير ممكن؛ لأن تلك البقرة تسمى بلقاء، ولا تسمى سوداء ولا بيضاء.

قلنا: تلك البقرة إنما تسمى بلقاء في حق من يعرف كلا اللونين، أما في حق من لم يعرف إلا لون واحد، فهو على ذلك اللون عنده، ويسميها بذلك اللون، وشهود السرقة لا يمكنهم أن يقربوا من السارق؛ فيتأملوا كل جانب من البقرة إنما ينظرون من بعيد، فلا يمكنهم الوقوف على تمام اللونين، بخلاف الغصب؛ لأن الغصب يقع جهاراً، فيتمكن الشاهد من أن يقرب من الغاصب، فيتأمل جميع ألوان المغصوب، فلا يشتغل بالتوفيق في حقه.

وبخلاف ما إذا اختلفا في البقرة والحمار؛ لأن ذلك اختلاف فيما كلف[1] نقله،

(١) هكذا في ظ، ف. وفي الأصل: كلف وفي م: في كل ما نقل، وبخلاف الاختلاف.

وبخلاف الاختلاف في صفة مذكورة والأنوثة ؛ لأن التوفيق هناك غير ممكن ؛ لأن الحيوان لايجتمع فيه صفة الذكورة والأنوثة وشيء من صفات العين لايدل على ذلك حتى يصح الاستدلال عليه من بعيد ، فلا يحل له البيان ، فالاشتغال بالبيان يدل على أنه قرب من البقرة ، وعند القرب لا يقع الاشتباه ، فلا يشتغل بالتوفيق .

فإن قيل : الاشتغال بالتوفيق بين كلام الشاهدين احتيال لإيجاب الحد ، وهو القطع والحد مما يحتال لدرئه .

قلنا : الشهادة حجة من حجج الشرع ، والأصل في حجج الشرع قبولها لا ردها ، فالاشتغال بالتوفيق لصيانة الحجة عن الإبطال لا لإيجاب الحد .

ثم إذا وفقت ، وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصداً ، ولو شهدا على رجل بسرقة ثوب ، وقال أحدهما : إنه هروي ، وقال الآخر : إنه مروي ، ففيه اختلاف النسخ ، ففي نسخ أبي سليمان ذكر هذه المسألة على الاختلاف الذي ذكرنا في البقرة .

وفي نسخ أبي حفص ذكر : أن الشهادة لا تقبل عندهم ، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين المسألتين على ما ذكر في نسخ أبي حفص ، والفرق وهو أن الهروي والمروي جنسان مختلفان ، والشهود كلفوا نقل بيان الجنس ، فقد اختلفوا فيما كلفوا نقله ، فلا تقبل شهادتهم ، فأما لم يكلفوا نقل لون البقرة ، فذلك اختلاف فيما لم يكلفوا نقله .

١٥٣٤٦- وفي نوادر ابن سماعة عن محمد : إذا شهد شاهد على رجل أنه أقر أن لهذا المدعي عليه ألف درهم من قرض ، وشهد الآخر أنه أقر أن هذا المدعي أودعه ألف درهم ، قال : هذا جائز ، ومعنى المسألة أن المدعي يدعي عليه ألف درهم ديناً مطلقاً من غير أن يتعرض لسبب ، فأما إذا ادعى أحد السببين ، فقد كذب أحد شاهديه ، فلا تقبل شهادتهما .

فرق بين هذه المسألة وبينما إذا لم يشهد الشهود على إقراره ، ولكن شهد أحدهما أن لهذا المدعي عليه ألف درهم من قرض ، وشهد الآخر أن لهذا المدعي عنده ألف درهم وديعة ، أنه لا تقبل شهادتهما .

ووجه الفرق : إن الشهادة على الإقرار إذا قبلت صار المشهود كالمعاين ، فصار كأنه أقر ، ثم في الإقرار الاختلاف في السبب لا يمنع وجوب المال ، حتى إذا قال المقر :

إنه له عليه ألف درهم من قرض، وقد أقر الطالب لأنه من ثمن بيع، لا يكون هذا الاختلاف مانعا من وجوب المال، ولم يكن ذلك تكذيبا للمقر، فأما اختلاف السبب في الشهادة يمنع قبول الشهادة.

والفرق: أن الشهادة لا تكون ملزمة بنفسها، فلا تكون حجة إلا عند اتصال القضاء بها، ولا بد لقضاء بالمال من سبب؛ لأن الحكم لا يمكن إثباته إلا بسبب، ومع اختلافهما في السبب لا يمكن القضاء به. فأما الإقرار حجة ملزمة، فلا حاجة فيه إلى إثبات السبب، إنما الحاجة إلى إثبات الحكم، وقد ثبت الحكم بشهادتهما على الإقرار ما هو المقصود، فلا يلتفت إلى السبب بعد ذلك، ألا ترى أن أحدهما لو شهد أن الكساء غصبه للمدعي، أو غصبه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه، والمدعى عليه يجحد أن الكساء للمدعي يقضى به للمدعي؛ لأن المقصود ثبوت ملك الكساء، وقد ثبت ذلك بشهادتهما، واختلافهما فيما سوى ذلك لا يضر.

١٤٩٤٧ - قال في كتاب الإجارات: رجل ادعى على رجل أنه أجر عبده، وجحد رب العبد، فأقام المستأجر شاهدين، شهد أحدهما أنه استأجره بخمسة، وهو يدعي أربعة أو خمسة، وشهد الآخر أنه استأجره بستة، فالشهادة باطلة؛ لأن حاجتنا إلى إثبات عقد الإجارة، وعقد الإجارة بخمسة غير عقد الإجارة بستة؛ لأن الأجرة بدل المنفعة كالثمن في البياعات، وكما أن البيع يختلف باختلاف الثمن، فكذلك الإجارة تختلف باختلاف الأجر، فاختلف المشهود به، وقد بينا أن الاختلاف في المشهود به يمنع قبول الشهادة.

١٤٩٤٨ - ولو ادعى المستأجر أنه تكارى دابته إلى بغداد بعشرة ليركب، ويحمل عليها، وأقام شاهدين شهد أحدهما أنه تكاراها ليركب بعشرة، وشهد الآخر أنه تكاراها ليركب ويحمل عليها هذا المتاع المعروف بعشرة، فالشهادة باطلة؛ لأن في شهادة أحدهما أن العشرة جميع بدل منفعة الركوب، وفي شهادة الآخر أن بعض العشرة مقابلة بمنفعة الركوب؛ لأنه قابل العشرة بالركوب، وحمل المتاع، فتوزع عليهما، فاختلفت شهادتهما في أجر الركوب، وقد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في الأجر يمنع قبول شهادتهما.

في قدر الدين، وفي مقدار ما صار مستوفاً من الدين بالرهن، فيكون على هذا الاختلاف الذي ذكر، ولا كذلك أصل البيع.

وإن شهد أحدهما بكر حنطة، والآخر بكر شعير، فشهادتهما باطلة؛ لأن المشهود به مختلف، وإن شهد أحدهما أنه رهنه بمائة، والآخر بمائة وخمسين، فإن ادعى المرتهن أقلهما، لا تقبل الشهادة بالاتفاق.

وإن ادعى أكثرهما، قبلت شهادتهما على مائة؛ لاتفاق الشاهدين على المائة، وكان العبد رهناً بمائة، وإن كان قيمة الرهن مائة وخمسين، فقال المرتهن: بعد ما شهد الشاهدان على نحو ما بينا من اختلافهما لي عليه مائة وخمسون، ورهنه مني بمائة، فالقول قول المرتهن؛ لأنه ينكر ثبوت يد الاستيفاء فيما زاد على المائة، فإن أقام الراهن بينة أنه رهنه بمائة وخمسين، وأقام المرتهن بينة أنه رهن بمائة، فالبينة بينة الراهن؛ لأنها تثبت زيادة في الاستيفاء، وإن اختلفا في قيمة الرهن بعد ما هلك كله أو بعضه، فالقول قول المرتهن في قيمة الهالك مع يمينه، والبينة بينة الراهن.

١٥٢٥٢ - قال في كتاب الحوالة: إذا ادعى الرجل على رجل أنه كفل بألف درهم لفلان عن فلان، فقال أحدهما: إلى شهر كذا، وقال الآخر: حالة، وادعى الطالب الحلول، وجحد الكفيل ذلك كله، أو أقر بالكفالة، وادعى الأجل، فالمال حال من الوجهين، أما إذا أقر بالكفالة، وادعى الأجل، فلأن الأصل في المال الحلول، والأجل عارض، وليس عليه إلا شاهد واحد، وأما إذا جحد الكفيل ذلك كله، فإن الشاهدين اتفقا على الأصل، وتفرد أحدهما بالأجل، فثبت ما اتفقا عليه، ولا يثبت ما تفرد به أحدهما.

١٥٢٥٣ - وفي كتاب الحوالة أيضاً: إذا أقام شاهداً واحداً أن فلاناً أحاله على هذا بألف درهم، وأقام شاهداً آخر أنه أحاله بمائة دينار، لا تقبل شهادتهما، وإن شهد أحدهما بألف درهم، وشهد الآخر بألف ومائة دينار، تقبل شهادتهما على الألف؛ لأنهما اتفقا على الألف لفظاً ومعنى، وتفرد أحدهما بزيادة مائة دينار، وليس هذا نظير البيع؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، أما حوالة الدراهم لا تخالف حوالة الدنانير لا باسمهما ولا حكمهما، فكان نظير الاختلاف في الدين المطلق، وتأويل المسألة إذا كان

فلان ، وفيما إذا شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه ، وشهد الآخر أنه أقر أنه أودعه إياه نوع إشكال ؛ لأن المشهود به في شهادة أحدهما الإقرار بالأخذ من المدعي ، والمشهود به في شهادة الآخر الإقرار بالإيداع ، والإقرار بالإيداع لا يكون إقراراً بالأخذ منه ، ألا ترى أن من قال لغيره : أخذت منك هذا العين وديعة ، وقال المقر : لا ، بل غصبته مني غصباً ، إن القول قول المقر له ، وهو ضامن للعين إن هلك في يده .

١٥٢٥٦- ولو قال : أودعتني هذا العبد ، وقال المقر له : لا ، بل غصبته مني ، فالقول قول المقر ، وما افترقا إلا باعتبار أنه في المسألة الأولى أقر بفعل نفسه ، وهو الأخذ منه ، وادّعى الإذن ، وأنكر المالك الإذن ، فلم يثبت الإذن ، وبقي إقراره بالأخذ ، والأخذ إذا خلا عن الإذن كان سبباً للضمان .

وفي المسألة الثانية لم يقر بفعل نفسه ، وهو الأخذ إنما أقر بفعل المالك ، وهو الإيداع ، فلم يكن مقراً بسبب وجوب الضمان ، فلا يجب عليه الضمان ، فكذلك في مسألتنا الذي شهد على الإقرار بالإيداع يكون شاهداً على الإقرار بفعل المدعي ، وهو الإيداع ، لا بفعل ذي اليد ، والذي شهد على الإقرار بالأخذ شهد على الإقرار بفعل ذي اليد ، وهو الأخذ ، فلم يتفقوا على شيء ، فينبغي أن لا يقضي بشهادتهما ، وسيأتي بعد هذا مسألة أخرى ، بخلاف ما ذكر ههنا .

وكذلك لو شهد أحدهما أن صاحب اليد أقر أنه اغتصبه من هذا المدعي ، وشهد الآخر أنه أقر أن هذا المدعي أودعه إياه ، أو شهد الآخر أنه أقر أخذه من هذا المدعي ، قبلت شهادتهما ، وأمر المدعى عليه بالرد على المدعي ؛ لأنهما اتفقا على يد المدعي فيما مضى من الزمان ، وعلى وصوله إلى المدعى عليه من جهة المدعي ، فيقضي بما اتفقا عليه ، وهو وصول العين إلى المدعى عليه من جهة المدعي ، وعند ذلك يؤمر بالرد عليه ، ولكن لا يقضي بالملك للمدعي ؛ لأن الشهود لم يشهدوا له بالملك ، وبقي المدعى عليه على حجته في الملك ، حتى لو أقام المدعى عليه بعد ذلك بينة أن العين له ، قضى القاضي له بالعين ؛ لأن المدعى عليه لم يصر مقضياً عليه بالملك ، إنما صار مقضياً عليه بالأخذ من المدعي ، وليس من ضرورة الأخذ منه أن يكون المأخوذ ملكاً للمأخوذ منه .

وذكر في "المنتقى" غير مسألة العبد ، ووضعها في الثوب ، وذكر أنه إذا شهد أحد

الشاهدين على إقرار صاحب اليد أنه غصبه من المدعي ، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي أودعه إياه ، وزاد ههنا زيادة على ما ذكر في مسألة العبد ، فقال : وقال المدعي : قد أقر بما قالا جميعاً ، ولكنه اغتصب مني ، قال : قبلت الشهادة ، وجعلت الذي في يدي الثوب مقراً بملكه للمدعي ، ولم أقبل منه بعد ذلك بينة على الثوب ، يعني من صاحب اليد ، وأنه بخلاف ما ذكر في مسألة العبد .

ووجه ذلك أن الغصب يقع من الملاك والإيداع يكون من المالك بحكم الغالب ، فكان الإقرار بالإيداع ، والغصب إقراراً بالملك للمستودع والمغصوب منه من هذا الوجه .

ثم قال : وإذا شهد أحدهما على إقراره أنه اغتصبه من المدعي ، وشهد الآخر على إقراره أنه أخذه منه ، قضيت به للمدعي ، وجعلت المدعي عليه على حجته من قبل أن الإقرار منه بالأخذ ليس بإقرار بالملك .

١٥٢٥٧ - ثم قال : ولو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أنه أخذ منه هذا الثوب ، وشهد الآخر على إقراره أنه أودعه إياه ، وقال المدعي : قد أقر بما قالا ، لكني أودعته منه ، قال : لا تقبل هذه الشهادة ، وعلل وقال : لأن ههنا لم يجتمعا على الإقرار بالملك ، ولا على الإقرار بالأخذ ؛ لأن الذي شهد بالوديعة ما شهد بالأخذ ، وما ذكر من الجواب والتعليل في مسألة الثوب يخالف ما ذكر من الجواب والتعليل في مسألة العبد ؛ لأن في مسألة الثوب لم يجعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ ، فلم تقبل هذه الشهادة ، وفي مسألة العبد جعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالأخذ ، فقبل الشهادة على الرد ، وأمر بالرد على المدعي ، فإن كان في مسألة الثوب روايتان ، فوجه الرواية التي قال فيها : لا تقبل هذه الشهادة[١] أن الشهادة على الإقرار بالإيداع ليست بشهادة على الإقرار بالأخذ منه ؛ لأن الإيداع يتحقق بدون أخذه على ما مرّ ، فلم يقع الاتفاق منهما على شيء ، فلا تقبل شهادتهما .

وجه الرواية التي قال فيها : تقبل هذه الشهادة على الرد أن الأخذ يثبت بهذه الشهادة ، وإن لم يثبت ، فقد ثبت وصول العين إلى المدعى عليه من يد المدعي ، وهذا القدر كاف

(١) وفي م : لأن

للقضاء بالرد على المدعي.

وإن لم يكن في المسألة روايتان، فوجه الفرق بينهما. وبيان جهة التوفيق أن موضوع مسألة الثوب أن المدعي ادعى الإيداع، ودعوى الإيداع دعوى فعل نفسه، وليس فيه دعوى الأخذ على المدعى عليه، فلا يمكن القضاء بالأخذ على المدعى عليه، إذ لا دعوى فيه، وموضوع مسألة العبد أن المدعي ادعى الأخذ على المدعى عليه، فكان مدعي الفعل عليه، وليس في شهادة الإيداع ما ينافيه، فقد اتفقا على وصول العين إلى المدعى عليه من جهة المدعي، فيمكن القضاء بها.

توضيحه: إن الشهادة على الإيداع شهادة على وصول العين إلى يده، فحسب من غير أن يكون منه فعل في العين يكون ذلك الفعل سببًا لوجوب الضمان عليه، ومتى ادعى الأخذ فقد ادعى الوصول إلى يده بفعل، ذلك الفعل سبب لوجوب الضمان عليه، فكانت هذه شهادة بأقل مما ادعاه المدعي. فقبلت، فأما إذا ادعى الإيداع، فهو لم يدع على المدعى عليه إلا مجرد وصول العبد إليه من غير أن يدعي عليه فعلًا كان سببًا لوجوب الضمان، فإذا شهد على الإقرار بالأخذ، والأخذ سبب لوجوب الضمان، كان هذه الشهادة بأكثر مما ادعاه المدعي، فلا تقبل.

١٥٢٥٨ - ولو شهد شاهد أن صاحب اليد أقر أنه لهذا المدعي، وشهد الآخر أنه أقر أن المدعي أودعه منه، تقبل هذه الشهادة، ويقضي بالعين للمدعي؛ لما ذكرنا أن الإقرار بالإيداع إقرار بالملك للمودع، والشاهدان اتفقا على الإقرار بالملك للمدعي، فتقبل هذه الشهادة.

١٥٢٥٩ - ولو أن رجلًا ادعى على رجل أنه قتل وليه عمدًا، وجاء بشاهدين، شهد أحدهما أنه قتله عمدًا بالسيف، وشهد الآخر أنه قتله عمدًا بالسكين، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنهما اختلفا في آلة القتل. وقد مرت هذه المسألة من قبل، وإنما أعادها ليذكر الفرق بينه وبينما إذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمدًا بالسيف، وشهد الآخر على إقراره أنه قتله عمدًا بالسكين. فقال ولي القتيل: إنه أقر بهما، ولكن والله ما قتله إلا بالسيف، أو قال: صدقا جميعًا، لكنه والله ما قتله إلا بالرمح، فهذا كله سواء، ويقتص من القاتل.

والفرق من وجهين: أحدهما: أن في تلك المسألة القاضي إنما يقضي بوجوب القصاص إذا ثبت القتل عنده، ولم يثبت القتل بهذه الشهادة؛ لأن باختلاف الآلة يختلف القتل، ولا يقع الاتفاق على واحد، فلا يمكن القضاء بشهادتهما.

أما في هذه المسألة القاضي إنما يقضي بوجوب القصاص بناءً على إقراره بوجوب القصاص، والشاهدان مع اختلافهما في الآلة اتفقا على إقراره بوجوب القصاص عليه، فلهذا افترقا.

والثاني: أن الدعوى شرط في العمد لقبول البينة، وفي تلك المسألة لا بد وأن يدعي المدعي القتل بأحد الآلتين، إذ لا يمكنه دعوى القتل بكلا الآلتين؛ لأن في دعواه ذلك تكذيب لهما؛ لأنه لا وجود للقتل بواحد من كلا الآلتين، وإذا ادعى بأحد الآلتين فقد كذب شاهده الآخر، وههنا أمكنه تصديق الشاهدين مع دعواه القتل بأحد الآلتين، وبآلة أخرى سواهما؛ لجواز إقراره بالقتل بهما مع أن قتله بإحداهما وبآلة أخرى، والقتل بكل واحدة من هاتين الآلتين موجب للقصاص، فيكون مقرًا على نفسه بوجوب القصاص، فلهذا افترقا.

١٥٦٦٠- قال محمد في «الجامع الكبير»: رجل في يديه عبد ذكر أنه ميراث ورثه من أبيه، فادعى رجل آخر أنه عبده، وأقام البينة على إقرار صاحب اليد أنه للمدعي، قبلت منه، وقضي بالعبد للمدعي اعتبارًا للإقرار الثابت بالبينة عيانًا، وقد مرت هذه المسألة من قبل.

وكذلك إذا شهدوا على إقراره أنه اشتراه من المدعي بألف درهم، وقال المدعي: قد أقر بما قال، ولكنه لم يشتره مني، قبلت الشهادة، وقضي بالعبد للمدعي؛ لأن إقراره بالشراء من المدعي إقرار بالملك للمدعي، وقد مرت هذه المسألة أيضًا، وإنما أوردناها ههنا لزيادة تفريع، وكذلك لو أقام شاهدًا أن الذي في يديه العبد أقر أن العبد عبد المدعي، وأقام شاهدًا آخر أن الذي في يديه العبد أقر أنه اشترى العبد من المدعي بألف درهم، وقال المدعي: إن صاحب اليد أقر بما قال الشاهدان إلا أني لم أبع منه شيئًا، قبلت هذه الشهادة، ويقضى بالعبد للمدعي؛ لأن الشاهدين اتفقا فيما هو المقصود من هذه الشهادة؛ لأن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذي اليد بأن العبد للمدعي دون إثبات

الشراء بدليل أنهما لو شهدا على الشراء في هذه الصورة، فالقاضي لا يقضي بالشراء، إذ لو قضى بالشراء حصل القضاء لذي اليد، وهما إنما شهدا عليه لا له، فعلم أن المقصود من هذه الشهادة إقرار ذي اليد بأن العبد للمدعي دون إثبات الشراء، وهما اتفقا في هذا المقصود، أما الأول فلا شك، وأما الثاني فلأنه شهد على إقراره بالشراء من المدعي، والإقرار بالشراء من المدعي إقرار بالملك للمدعي.

وهذا الجواب مستقيم على رواية "الجامع"؛ لأن الشراء والاستيام إقرار بالملك للبائع، أما على رواية "الزيادات" ليس بإقرار بالملك للبائع، فيحتمل أن تكون المسألة على روايتين، وإن لم تكن المسألة على روايتين فوجهه على رواية "الزيادات": أن الشراء إقرار من المشتري أنه لا ملك له في المحل، فخرج من البين، فيأخذه المدعي؛ لأنه يدعيه، ولا مزاحم له فيه.

ثم شرط قبول هذه الشهادة أن يقول المدعي: إن ذا اليد أقر بالأمرين جميعًا، إلا أني لم أبعه حتى لو قال المدعي: إن صاحب اليد أقر بأحد الأمرين دون الآخر، لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه يصير مكذبًا أحد شاهديه.

١٥٢٦١- وكذلك إذا شهد أحد الشاهدين أن الذي في يديه العبد أقر أن المدعي وهب العبد منه، وشهد الآخر أن ذا اليد أقر أن المدعي تصدق به عليه، وقال المدعي: إن صاحب اليد أقر بالأمرين إلا أني ما وهبت منه، وما تصدقت به عليه، فإنه يقضي بالعبد للمدعي؛ لأنهما اتفقا فيما هو المقصود من هذه الشهادة، وهو إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي؛ لأن كل مستوهب ومتصدق عليه مقر بالملك للواهب والمتصدق.

وكذلك لو شهد أحد الشاهدين أن الذي في يديه العبد أقر أنه اشتراه من المدعي بألف درهم، وشهد الآخر أنه أقر أنه اشتراه منه بمائة دينار، أو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أنه قد استأجره من المدعي بعشرة دراهم، وشهد الآخر على إقرار ذي اليد أنه اشتراه منه بألف درهم، أو شهد أحدهما أنه سمع ذا اليد يقول للمدعي: هب لي هذا العبد، وشهد الآخر أنه سمع ذا اليد يقول للمدعي: تصدق علي بهذا العبد، أو شهد أحد الشاهدين أن ذا اليد قال للمدعي: بعني بألف درهم، وشهد الآخر أن ذا اليد قال للمدعي: بعني بمائة دينار، وقال المدعي: أقر ذو اليد بذلك كله إلا أني ما بعت منه، ولا

أجرت، فالقاضي يقضي في هذه الوجوه كلها بالعبد للمدعي.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار الذي في يديه العبد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي أودعه إياه، قبلت شهادتهما، ويقضي بالعبد للمدعي؛ لأنهما اتفقا على إقرار ذي اليد أن العبد ملك للمدعي؛ لأن الإقرار بالإيداع إقرار بالملك للمودع؛ لأن الإيداع عقد شرعي لا يصح شرعاً إلا من المالك

وكذلك إذا شهدا على إقرار ذي اليد بالإيداع، قضي للمدعي لأنهما شهدا على إقراره بالملك للمدعي، ولو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أنه عبد المدعي أودعه إياه، قضي به للمدعي؛ لأنهما اتفقا على إقرار ذي اليد بكون العبد للمدعي، لكن زاد أحدهما إقراره بالإيداع منه.

ولو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أن المدعي دفع العبد إليه، لا يقضي بالعبد للمدعي، وكذا إذا شهدا على إقراره أن المدعي دفع العبد إليه، لا يقضي بالعبد للمدعي؛ فلم يجعل الإقرار بالدفع إقراراً بالملك للدافع، وجعل الإقرار بالإيداع إقراراً بالملك للمودع.

والفرق أن الإيداع عقد شرعي يوجب ثبوت اليد للمودع، وثبوت ولاية الحفظ له، وأنه لا يصح إلا من المالك باعتبار الأصل، فكان إقراراً بالملك له، فأما الدفع فعل حسي يوجد من المالك ومن غير المالك، وصحته بوجوده حساً، فلم يكن مفتقراً إلى المالك، فلم يكن الإقرار بالدفع إقراراً بالملك للدافع

وكذلك لو شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أنه غصبه من المدعي، فالقاضي يقضي بالعبد للمدعي؛ لأن الإنسان لا يغصب مال نفسه، فكان الإقرار بالغصب إقراراً بالملك للمغصوب منه.

وكذلك إذا شهد أحدهما على إقرار ذي اليد أن العبد للمدعي، وشهد الآخر على إقراره أنه ارتهنه منه، أو استأجره منه، قضي بالعبد للمدعي؛ لأن الرهن والإجارة كل واحد منهما عقد شرعي، لا صحة له إلا باعتبار الملك للراهن[1]، والآجر على اعتبار الأصل، فكان الإقرار بهما إقراراً بالملك للمدعي.

(١) هكذا في ط، وكان في الأصل و ر: بالراهن

وهذا كله إذا قال المدعي: إنه أقر به، قال الشاهدان إلى آخر ما ذكرنا قبل هذا، ولو كان الذي في يديه العبد أقر أن العبد كان للمدعي، وادعى أن المدعي أعطاه صلة، وجاء بشاهدين شهد أحدهما أن المدعي أقر أنه تصدق بهذا العبد على المدعى عليه، والآخر شهد أن المدعي أقر أنه وهب هذا العبد من المدعى عليه. فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة إلا أن يأتي بشاهد آخر يشهد على الهبة، أو على الصدقة، بخلاف ما تقدم

والفرق: إن صاحب اليد هنا أقر بالملك للمدعي في العبد، وادعى تلقي الملك فيه من المدعي، ولا بد لذلك من سبب، والسبب أحد العقدين، إذ لا يجوز أن يتملك كل العبد من شخص واحد في حالة واحدة كله بالهبة، وكله بالصدقة، فلا بد من أن يدعي أحدهما، ومتى ادعى أحدهما يصير مكذباً لشاهده الآخر، فلا يبقى له على ما ادعى إلا شاهد واحد. أما فيما تقدم المدعي لا يدعي تلقي الملك من جهة ذي اليد حتى يحتاج إلى إثبات سبب الملك، وإنما ادعى أن العبد ملكه من الأصل، فلم يكن محتاجاً إلى إثبات سبب الملك، بل حاجته إلى إقرار ذي اليد أن العبد ملكه، وقد ثبت ذلك من الوجه الذي بينا.

وهذا بخلاف ما لو شهد أحدهما أن المدعي أقر أنه وهبه للذي في يديه، وقبضه منه، وشهد الآخر أنه أقر أنه نحله للذي في يديه، وقبض، لأنهما اتفقا على الإقرار بالهبة، وإنما اختلفا في اللفظ. وهذا لأن النحل والعمرى والهبة من أسماء الهبة، يقال: نحله كذا، ووهبه كذا، وعمره كذا، والاختلاف في اللفظ لا يمنع قبول الشهادة بعد الاتفاق على المعنى، كما لو شهد أحدهما بالنكاح، والآخر بالتزويج بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنهما يختلفان لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلا شك، وأما معنى فلأن الصدقة يُراد بها وجه الله تعالى، ولا رجوع فيها، والهبة يُراد بها وجه العبد، وفيها رجوع، فكانا مختلفين لفظاً ومعنى، ولم يبق على أحدهما شهادة شاهدين.

وزعم بعض مشايخنا: أن الاختلاف بين الهبة والصدقة من حيث إن في الهبة رجوعاً، ولا رجوع في الصدقة، وليس كما ظنوا. ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بالهبة من فقير، أو من ذي رحم محرم، وشهد الآخر بالصدقة، لا تقبل الشهادة، ولا رجوع فيه، وإنما الاختلاف من حيث الذات، فذات الهبة غير ذات الصدقة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه من الذي هو في يديه، وقبض الثمن، وشهد الآخر على أنه وهبه من الذي في يديه، لا تقبل شهادتهما؛ لاختلاف ظاهر بين البيع والهبة.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه منه بألف درهم، وقبض الثمن، وشهد الآخر أنه باعه منه بمائة دينار، وقبض الثمن، لا تقبل شهادتهما؛ لأن البيع يختلف باختلاف الثمن، فيختلف المشهود به.

وكذلك إن كانت الشهادة على الإقرار بالبيع، كما وصفنا؛ لأنهما لم يجتمعا على بيع واحد.

١٥٢٦٢ - ولو كان صاحب اليد ادّعى أنه اشتراه من المدعي بألف درهم، وقبض الثمن، وجاء بشاهدين شهدا على البيع، وقبض الثمن إلا أنهما لم يبينا مقدار الثمن، فالقاضي يقبل هذه الشهادة؛ لأنهما اتفقا على البيع، وقبض الثمن كما ادعاه المدعي، وسكوتهما عن بيان مقدار الثمن احتمل الموافقة؛ لجواز أنهما لو استفسرا بينا أن الثمن ألف، كما ادعاه المدعي، ويحتمل أنهما بينا بخلاف ذلك، فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه؛ لتوهم الخلاف.

١٥٢٦٣ - وكذلك لو شهدا على إقرار المدعي بالبيع، وقبض الثمن، ولم يبينا مقدار الثمن، وذو اليد يقول: اشتريته بألف درهم، ونقدت الثمن، فالقاضي يقبل الشهادة، وهذا بخلاف ما لم لو يشهدا على قبض الثمن، فإنه لا تقبل شهادتهما؛ لأن الثمن إن كان مقبوضاً، فلا حاجة إلى القضاء بالثمن؛ لأنه وقع الفراغ عنه، إنما الحاجة إلى إثبات الملك من البيع فحسب، وأمكن القضاء بالملك في المبيع لاتفاق الشاهدين على ذلك.

فأما إذا لم يكن الثمن مقبوضاً، فكما مست الحاجة إلى القضاء بالثمن، وتعذر القضاء بالثمن لجهالته، يوضح ما ذكرنا أن الشهادة على البيع، وقبض الثمن شهادة بالملك المطلق للمدعي؛ لأنه شهادة بالعقد، ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه باع عبده بخمسمائة درهم من فلان، وقبض الثمن، فقضى القاضي بالملك للمدعي، ثم رجعا عن شهادتهما، وقيمة العبد ألف درهم، أنهما يضمنان قيمة العبد دون الثمن،

ولو حصل القبض ، نزول ذلك عن العبد بالثمن بقبض الثمن ، فعرف أن القبض مزيل لشيء غير مقابل بالثمن حتى ضمنا قيمة العبد الذي تلف بشهادتهما .

وإن كان مكذبا لم يصر الثمن مشهوداً به عند الشهادة بقبض الثمن ، فلا يمنع القبول بترك بيان الثمن ، فأما الشهادة على البيع بدون قبض الثمن شهادة بالعقد ، بدليل عكس ما ذكرنا ، ولا يصح القضاء بالعقد لكون الثمن مجهولا ؛ ولأن الجهالة إنما تمنع جواز البيع باعتبار أنها مانعة من التسليم والتسلم ، وإذا كان الثمن مقبوضا ، لا حاجة إلى التسليم والتسلم ؛ لأنه وقع الفراغ عنه ، فلا يمنع القاضي من القضاء به[1] .

وإن بين أحدهما الثمن ، وهو ألف كما ادعاه المدعي ، وسكت الآخر عن بيان الثمن ، ولكن كل واحد منهما شهد بقبض الثمن ، قبلت شهادتهما ؛ لأنهما اتفقا على البيع ، وقبض الثمن ، وسكوت من سكت عن بيان الثمن ، يحتمل الموافقة ، لجواز أنه لو استفسر لبين أن الثمن ألف ، ويحتمل المخالفة ، فلا تثبت المخالفة فيما اتفقا عليه ، لتوهم الخلاف .

وإن لم يبين المدعي مقدار الثمن ، وإنما ادعى البيع ، وقبض البائع الثمن ، وشهدا على الشراء بألف ، وذكرا قبض الثمن ، قبل القاضي شهادتهما ؛ لأن الثمن إذا كان مقبوضا ، والشهادة لا تقع بالثمن ، ولأن القضاء لا يقع بالثمن ، فكان ذكره ، والسكوت عنه سواء ، فقد اتفق الدعوى والشهادة ، والمخالفة موهومة ؛ فإن المدعي لو استفسر ربما يبين أن الثمن ألف ، كما شهد به الشهود ، فلا يبطل شهادتهما بمجرد توهم .

وإن بين أحدهما أن الثمن ألف درهم ، وبين الآخر أن الثمن مائة دينار ، لا تقبل شهادتهما ، وإن شهدا بقبض الثمن ؛ لأنه لا بد وأن يدعي أحد العقدين ، وعند ذلك يصير مكذبا شاهده الآخر .

١٤٢٦٤– وفي نوادر ابن سماعة عن محمد : في رجل ادعى داراً في يدي رجل ، وجاء بشاهدين ، شهد أحدهما أنها دار المدعي ، وشهد الآخر على إقرار صاحب اليد أنها للمدعي ، قال : فالشهادة مقبولة .

وبيانه : إن أحدهما شهد للمدعي بالملك ، وإنه ليس بقول ، والآخر شهد على

(١) وفي الأصل : «مما يمنع قضاء القاضي من القضاء به» .

أسبابا ، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة

فرق بين هذا وبين الإقرار ، فإنه إذا أقر أن هذه الدار له ، ورثها من أبيه ، فقال المقر له : لا ، بل ورثتها من أمي ، كان للمقر له أن يأخذ الدار[1] من المقر ، وإن اختلفا في السبب .

والفرق : إن الإقرار حجة ملزمة بنفسه لو بطل حكمه إنما يبطل بتكذيب المقر له ، وأنه لم يكذبه[2] في أصل الملك ، فثبت ، أقصى ما في الباب أنه كذّبه في السبب ، ولكن لا حاجة إلى إثبات السبب بعد ثبوت الحكم .

فأما في مسألتنا فالشهادة إنما تصير حجة بقضاء القاضي ، فكان حالة القضاء حال ثبوت الحكم ، وثبوت الحكم لا بد له من سبب ، ولا يمكن إثبات السببين جميعاً للتنافي ، ولانعدام الحجة عليهما ، ولا إثبات أحدهما ؛ لأنه لم يقم عليه حجة كاملة ، وهي شهادة المثنى ، ولأنه لا بد من الدعوى لقبول الشهادة ، ولا يمكن دعوى السببين للتنافي .

ولو ادّعى أحدهما كان مكذباً شاهده الآخر ، فبطلت شهادته لتكذيبه ، فتعذر القضاء بها ، وكذلك إذا شهد أحدهما أنه اشتراها من فلان وهو يملكها ، وشهد الآخر أن فلاناً آخر وهبها له ، وهو يملكها ، وقبضها منه ، فإنه لا تقبل شهادتهما ، لما ذكرنا ، ولأنه إنما يثبت الملك من جهة الواهب أو المشتري ، فما لم يثبت الملك له ، لا ينتقل إليه ، ولم يثبت لا ملك البائع ولا ملك الواهب ؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا شاهد واحد ، وهذه العلة تصلح علة في المسألة الأولى ؛ لمنع قبول الشهادة .

ثم في هذه المسألة لا يختلف الجواب بينهما إذا لم يوفق وبينما إذا وفق ، فقال : كنت اشتريتها من فلان ، كما شهد به هذا الشاهد ، وقبضتها ثم بعتها من فلان ، وسلمتها إليه ، ثم استوهبتها ، فوهبها لي ، وقبضتها منه ، فإنه لا تقبل شهادتهما في الوجهين جميعاً .

فرق بين هذا وبينما إذا ادّعى أنه اشتراها من فلان ، وشهد شاهدان أنه وهبها له ، وقبضها منه ؛ فإنه لا تقبل شهادتهما قبل التوفيق ، ولو وفّق وقال : كنت اشتريتها من

---

(١) وفي الأصل : هذه الدار ، مكان : يأخذ الدار

(٢) وفي م : لم يذكر به

فلان، ثم جحد في الشراء، فاستوهبتها منه، فوهبها لي، وأقام البينة، قبلت هذه الشهادة.

وجه الفرق أن في تلك المسألة أقام على الهبة شاهدين، وقد زالت المخالفة بين الدعوى والشهادة بالتوفيق، فقبلت شهادتهما، وقضي بالهبة لكمال الحجة عليها، أما هنا إن زالت المخالفة بالتوفيق، ولكن لم يشهد بالهبة إلا شاهد واحد، فتعذر القضاء به؛ لأن القضاء بشهادة الفرد لا يجوز، حتى لو شهد معه شاهد آخر على الهبة، قضي له بالهبة.

١٥٢٦٦ - قال محمد في «الجامع الكبير»: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فادعى الغريم أنه أوفاها صاحبها، وصاحب المال يجحد ذلك، فشهد للغريم شاهدان شهد أحدهما أن صاحب الحق أبرأ الغريم من المال، وشهد الآخر أن صاحب المال أقر بالاستيفاء، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما اختلفا لفظًا ومعنًى، أما لفظًا فلا شك، وكذلك معنًى؛ لأن الذي شهد بالإبراء بغير عوض، فهو إسقاط، وليس في الاستيفاء معنى الإسقاط، فجاءت المخالفة، وإن عني به الإبراء الذي هو حكم الاستيفاء، صار هو شاهدًا بحكاية الاستيفاء، وأنه فعل، والآخر شاهد بالإقرار، وأنه قول، ومثل هذا مانع قبول الشهادة، كما لو شهد أحد الشاهدين على الغصب، وشهد الآخر على الإقرار بالغصب.

ولو كان الذي شهد بالإبراء شهد أن صاحب الحق أقر أن الغريم بريء إليه، قبلت الشهادة؛ لأن البراءة التي ابتداؤها من الغريم، وانتهاؤها بصاحب الدين يكون بطريق الإيفاء والاستيفاء، فكانت الشهادة على الإقرار بمثل هذه البراءة شهادة على الإقرار بالاستيفاء، والشاهد الآخر شهد على الإقرار بالاستيفاء أيضًا، فقد اتفقا في المعنى، وما شهد به داخل تحت دعوى المدعي أيضًا، فلهذا تقبل.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه استوفى الألف، وشهد الآخر أنه حلّله، أو أحاله به أو وهبه له، أو تصدق به عليه، فالشهادة باطلة؛ لأن الاستيفاء أخذ الحق، وهذه الأشياء تبنى على التبرع، فاختلف المشهود به؛ ولأن هذه الأشياء لا تصلح حكمًا للاستيفاء، ثم لما لم تقبل هذه الشهادة على البراءة مع أنها تصلح حكمًا للاستيفاء لأن لا تقبل ههنا

ثوبي، وأنه لا يصلح حكماً له.

١٥٢٦٧ - وإن ادّعى المطلوب الإيفاء، فشهد به شاهدان أنّ صاحب الحق أبرأه من دينه، أو وهبه له، فالشهادة جائزة؛ لأن المشهود به واحد، وما شهدا به داخل تحت دعوى المدعي من وجه؛ لأن المدعي، وهو المطلوب يدعي الاستيفاء، ادّعى البراءة مقيدة بالاستيفاء، فإنه يقول: أبرأه براءة قبض واستيفاء، وهما شهدا ببراءة مطلقة محتملة للبراءة بالإبراء، والبراءة بالإيفاء، فكانت هذه شهادة ببعض ما ادعاه، فقبلت.

والفرق بين هذه المسألة وبين المسألة الأولى، فإنه اعتبر هناك مخالفة بين الشاهدين حتى اختلف شهادتهما بذلك، فلم يعتبر مخالفة بين الدعوى والشهادة، ووجه الفرق أن في تلك المسألة المخالفة بين الإيفاء والإبراء ظاهرة صورة، لو ثبت الموافقة إنما ثبت لاعتبار أن موجب الإيفاء(١) يوجب البراءة، فالموافقة لو ثبت إنما ثبت باعتبار المتضمن(٢)، وإنما يمكن إثباتها فيما إذا ثبت المتضمن، ولم يثبت المتضمن، وهو الاستيفاء بشهادة أحدهما؛ لأن شهادة الفرد ليست بحجة، فلا يثبت ما في ضمنه، فلم تحصل الموافقة، فأما هنا كلام المدعي معتبر، وأنه ثابت، ولكنه دعوى، فيثبت ما في ضمنه، وهو الإبراء، فحصلت الموافقة بينه وبين الشهادة بالإبراء.

والثاني: إن امتنع القبول ثمة باعتبار أن أحدهما شهد بالقبض، وهو الاستيفاء، والآخر بالقول، وهو الإبراء، واختلاف الشاهدين على هذا الوجه يمنع صحة شهادتهما وقبولهما، وليس هذا الاختلاف في الدعوى، والشهادة لا تمنع القبول، ألا ترى أن أحد الشاهدين لو شهد بالغصب، وشهد الآخر على الإقرار به، لا تقبل، ولو ادّعى الغصب، وشهد الشهود بالإقرار بالغصب، قبلت شهادتهم.

١٥٢٦٨ - ولو شهدا على الهبة أو الصدقة أو الحطيطة أو الإحلال، لا تقبل شهادتهم؛ لأن الغريم ادّعى الاستيفاء، وهذه الأشياء ليست من أحكام الإيفاء؛ لأن الهبة تبنى على التبرع، وكذا الصدقة، والإحلال عبارة عما يتقوم بتمليكه إياه، والإيفاء إنما يتضمن حكماً تمليك ما في ذمته، لا بإحلال، فبطلت الشهادتان؛ للاختلاف

(١) في الأصل: الاستيفاء.

(٢) وفي الأصل: القبض.

بينهما، بخلاف الإبراء، فإنه يصلح حكماً للإيفاء على ما ذكرنا.

قال: ولو ادعى الغريم البراءة، أي ادعى أن رب المال أبرأه، فشهد أحد الشاهدين بذلك، وشهد الآخر أنه وهب له الحق، أو تصدق عليه، أو نحله، أو حلله منه، أو أحله له، قبلت الشهادة؛ لأنهما اتفقا معنًى من كل وجه في بعض هذه الألفاظ، ومن وجه في بعض هذه الألفاظ، وما شهدا به داخل تحت دعوى المدعي معنًى من كل وجه، أو من وجه.

بيانه: إن المدعي ادعى براءة مطلقة، وإنما تختص البراءة بالإبراء، وقد اتفق الشاهدان على الإبراء معنًى من كل وجه، أو من وجه، أما من كل وجه؛ فلأنه شهد أحدهما بالإبراء، والآخر بالتحليل، والتحليل قد يُعبّر به عن الإبراء، ويقام مقام الإبراء، فالذي شهد بالتحليل شهد بالإبراء معنًى، فثبت الموافقة بين الشاهدين معنًى من كل وجه، فيدخل تحت دعوى المدعي من كل وجه، وأما من وجه فلأنه شهد أحدهما بالإبراء، وأنه يحتمل الإبراء الذي ثبت حكماً للاستيفاء، ويحتمل الإبراء الذي هو إسقاط، وشهد الآخر بالهبة والصدقة والنحل والإحلال، وهذه الألفاظ إنما تستعمل للبراءة بالإبراء، لا للبراءة للإيفاء، وشاهد الإبراء شهد ببراءة محتملة للأمرين، فثبت الموافقة بين الشاهدين من وجه، فيدخل تحت الدعوى من وجه، وهذا كافٍ للقبول؛ لأن الشهادة حجة الله تعالى، يجب العمل بها ما أمكن.

فإن قيل: إذا شهد أحدهما بالإبراء، والآخر بالهبة ينبغي أن لا تقبل؛ لأن الإبراء مع الهبة مختلفان لفظاً ومعنى؛ لأن الإبراء موضوع للإسقاط، والهبة موضوعة للتمليك، ولهذا صاحب الدين إذا أبرأ الكفيل، فرد الكفيل، لا يرتد، ولو وهب منه، ورد يرتد، فإذا اختلفا لفظاً ومعنًى يجب أن لا تقبل، وإن اتحد حكمهما شرعاً، كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعارية.

قلنا: الإبراء مع الهبة يختلفان معنى في حق الكفيل على الوجه الذي قلتم، أما يتفقان معنى في حق المطلوب، فإذا أبرأ المطلوب، والهبة منه كل واحد منهما إسقاط من وجه، حتى يصح من غير قبول، وتمليك من وجه حتى يرتد برده.

١٥٢٦٩ - وقال: لو ادعى الغريم الهبة، فشهد له شاهد بالهبة، والآخر

بالصدقة ، لا تقبل هذه الشهادة ؛ لأن الهبة مع الصدقة يختلفان لفظًا ومعنًى ، أما لفظًا فظاهر ، وأما معنًى ، فلأن الهبة ، يقصد بها وجه الموهوب له ، ومكافأته والصدقة يقصد بها رضى الله تعالى وثوابه ، وطعن أبو حازم القاضي ، وقال : وجب أن تقبل ؛ لأن الصدقة مع الهبة لا يختلفان في هذا الباب ، ألا ترى أن المدعي لو ادّعى البراءة ، وشهد أحد الشاهدين بها ، والآخر بالهبة ، أو بالصدقة ، تقبل الشهادة ، وجعلت الشهادة بالصدقة في تلك المسألة كالشهادة بالهبة ، فيجب أن يكون الشهادة بالصدقة هنا كالشهادة بالهبة .

والجواب عن هذا الطعن أن يقال : إن الغريم إذا ادّعى البراءة ، وشهد أحدهما بالبراءة ، والآخر بالهبة ، أو بالصدقة ، إنما قبلت الشهادة باعتبار أن البراءة لفظة عامة تذكر ويُراد بها براءة يقصد بها وجه الغريم ، وطلب المكافأة منه ، وتذكر ويراد بها براءة يقصد بها وجه الله تعالى وثوابه ، والمدعي ادّعى البراءة مطلقة .

١٥٢٧٠ - وإذا شهد أحدهما بالبراءة ، والآخر بالصدقة ، فقد شهد بما دخل تحت الدعوى من وجه ، وجدت الموافقة بين الشاهدين معنًى فيما دخل تحت الدعوى ، فتقبل ، أما هنا الغريم ادّعى الهبة ، وهو اسم براءة مخصوصة يراد بها وجه الغريم ، والشاهد بالصدقة شهد ببراءة يقصد بها وجه الله تعالى ورضاه ، وهذا لم يدخل تحت الدعوى أصلًا ، ولم يثبت الموافقة أيضًا بين الشاهدين لا لفظًا ولا معنًى ، فلا يقبل ، وكذلك إذا ادّعى الغريم البراءة ، فشهد له شاهد بالهبة ، والآخر بالصدقة ، لا تقبل هذه الشهادة .

فإن قيل : وجب أن تقبل هذه الشهادة ؛ لأن ما شهدا به داخل تحت دعوى المدعي من وجه ؛ لأن المدعي ادّعى البراءة مطلقة ، فيدخل تحتها براءة يقصد بها وجه الغريم ، وبراءة يقصد بها وجه الله تعالى .

قلنا : بل الأمر كما قلتم ، إلا أنهما اختلفا لفظًا ومعنًى ؛ لما مر أن الهبة مع الصدقة يختلفان لفظًا ومعنًى ، فكان المشهود به شيئان ، وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد ، فلهذا لا تقبل .

١٥٢٧١ - قال : ولو ادّعى الغريم الهبة ، فشهد له شاهد بالبراءة ، وشهد بالهبة ،

فيختلف المشهود به، فلا تقبل هذه الشهادة على كل حال، فلم يكن السؤال مفيداً[1]

قال: ولو شهد أحدهما على إقرار الطالب أنه وهب له الألف، وشهد الآخر أنه أبرأه من جميع ماله عليه، لا تقبل هذه الشهادة، وفرق بين هذا وبين إذا ادعى المديون الإبراء على الطالب، وشهد له شاهد بالهبة، وشاهد بالإبراء، حيث تقبل شهادتهما.

والفرق: أن هناك المشهود به عين الإبراء والهبة، وهما متحدان في المعنى؛ لأن الهبة إذا أضيفت إلى الدين تفيد الإبراء، فأحدهما شهد على الحكم، وهو الإبراء، والآخر شهد على الإبراء بسبب وهو الهبة، وقد ذكرنا غير مرة أن العبرة في مثل هذا الاتحاد المعنى، لا لاختلاف اللفظ.

أما في مسألتنا المشهود به الإقرار، وأنه حكاية عن لفظ الطالب، وقد اختلف اللفظ، فيختلف المشهود به، ألا ترى أنه لو شهد أحد الشاهدين بالحلية، وشهد الآخر بالبرء، لا تقبل الشهادة؛ لأنه حكاية عن لفظ الطالب، وقد اختلف اللفظ، فاختلف المشهود به.

ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه استوفى منه الألف عداً، وشهد الآخر أنه أبرأه من جميع ماله عليه، والمطلوب يقول: أقر عندهما كذلك، ويدعي البراءة، لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما اختلفا في سبب البراءة، فأحدهما يشهد بالبراءة بالمعنى التي هي بمعنى الاستيفاء، والآخر يشهد بالبراءة بالإبراء الذي هو إسقاط

١٦٢٧١ - وفي نوادر ابن سماعة: عن محمد: في رجلين شهدا على وصية رجل، فشهد أحدهما أنه قال: جميع مالي لفلان بعد موتي، وشهد الآخر أنه قال: جميع مالي صدقة على فلان بعد موتي، وذلك في مجلس أو مجلسين، فالشهادة جائزة.

وفرق بين هذا وبينما إذا شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالصدقة في حالة الحياة، حيث لا تقبل شهادتهما، واعتبر المشهود مختلفاً لمكان الاختلاف الذي بين الهبة والصدقة، ولم يعتبر هاهنا اختلاف المشهود به، وإن شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالصدقة.

(١) كذا في الأصل، م، وكان في ظ: مفيداً

هذين على ما شهدا به، لا يقضي له بشيء حتى يأتي بشاهد آخر يشهد له على مثل شهادة الذي شهد له من ثمن المتاع؛ إذا أقر الطالب أن ماله من ثمن متاع، فلا بد من شاهدين على نفسه.

ولو شهد شاهد أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم قرض، وشهد الآخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ضمان ضمن له على فلان بأمره. فإن قال الطالب: أشهدني بهذين الشهادتين على ما وصفنا، فمالي عليه قرض، فإنه يقضي له بالمال، وإن قال: مالي من ضمان كما شهد به الآخر، لا يقضي له بشيء، والضمان في هذا والبيع سواء، وأما في قياس قول أبي حنيفة المال لازم في الوجهين جميعاً.

١٥٣٧٧ - ولو شهد شاهد أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن جارية اشتراها منه، وقبضها، وشهد الآخر أن المطلوب أقر أن له عليه ألف درهم من ثمن بُرّ اشتراه وقبضه، وقال الطالب: هو أشهدني على هاتين الشهادتين، لكن مالي عليه قرض، فالقاضي يقضي بالمال، ولو ادعى أحد هذين الوجهين، فالقاضي لا يقضي بشيء، وكذا لو شهدا بمال من جنس مختلف، فهو مثل البيع المختلف.

ولو ادعى المطلوب الدفع والبراءة، وشهد له شاهد أن الطالب أقر أنه قبضها منه، وشهد آخر أن الطالب أقر أن وكيلاً له قبضها منه، وقال المطلوب: لم يشهدني على قبض الوكيل. فقد أكذب شاهد الوكالة.

ولو قال: قد أشهدني بهاتين الشهادتين إلا أني دفعتها إليه من يده، فإنه يقضى له بالبراءة منه، ولو لم يقل: دفعتها إليه من يده، ولكن قال: دفعتها إلى وكيله، لم يقض بالبراءة منها حتى يأتي بشاهد آخر على دفعها إلى الوكيل من قبل أنه أقر أنه دفعها إلى غيره، ولم يشهد على وكالته إلا واحد.

١٥٣٧٨ - وإذا ادعى عبداً في يدي رجل أنه له، وشهد له شاهد أنه له، وشهد آخر أن فلاناً وهبه منه، وهو يملكه، فهو جائز، وكذلك الصدقة، وإن جحد فلان ذلك، قال: يجيء بشاهد آخر على الهبة والصدقة.

ولو شهد واحد أنه له، وشهد آخر أنه اشتراه من فلان، وهو يملكه، لا تقبل

الشهادة؛ لأن المشهود به قد اختلف. هذه الجملة من الملتقط.

١٥٢٧٩ - ولو شهد أحد الشاهدين على الشراء مع العيب، وشهد الآخر على الإقرار بالشراء مع العيب، لا تقبل، وكذا إذا شهد أحدهما على قيمة الثوب المغصوب الهالك أنها كذا، وشهد الآخر على الإقرار بذلك، لا تقبل.

١٥٢٨٠ - وإذا ادعى على رجل ألف درهم، وقال: خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه مني، وقبضه، وخمسمائة من ثمن متاع اشتراه مني، وقبضه، وشهد له الشهود بالخمسمائة مطلقًا، قبلت الشهادة على الخمسمائة؛ لأنهما اتفقا على هذا المقدار، وذكر السبب ليس بشرط، فهذه المسألة تنصيص على أن المدعي إذا ادعى الدين بسبب، وشهد له الشهود بالدين مطلقًا أن لا تقبل، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني، والمسألة مرت من قبل.

الفصل الثاني والعشرون

في التناقض بين الدعوى والشهادة

١٥٢٨١ - قال محمد في "الجامع": رجل في يديه دار، جاء رجل وادعى أنها داره اشتراها من فلان، وجاء بشاهدين شهدا أن فلانًا ذلك وهبها له، وقبضها منه، وهو يملكها، فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة؛ لأنها خالفت الدعوى صورة ومعنًى، أما صورة فظاهر، وأما معنًى فلأن الشراء يوجب الملك بعوض، والهبة توجب الملك بغير عوض، ويثبت في الشراء خيار الرؤية وخيار العيب، ولا يثبت في الهبة، وإذا استحق المشترى في يدي المشتري يرجع على البائع بالثمن، والموهوب له عند الاستحقاق لا يرجع على الواهب بشيء، فإن وفق المدعي، فقال: كنت اشتريته منه إلا أنه جحدني الشراء، وعجزت عن إثباته بالبينة، فسألته حتى يهبها مني، فوهبها مني بعد ذلك، وقبضتها، وأعاد البينة على ذلك، قبلت بينته.

وليس معنى قول محمد في الكتاب، وأعاد البينة على ذلك، أعاد البينة على أنه كان اشتراها من فلان، وجحد فلان البيع، ثم وهبها منه، كما ذهب إليه الفقيه أبو القاسم الصفار البلخي؛ لأنه لو وجد بينة على الشراء لاستغنى[1] عن إقامة البينة على الهبة، وإنما معناه إقامة البينة على الهبة والقبض، وإنما قبلت هذه البينة بعد التوفيق على هذا الوجه؛ لأن بالتوفيق تزول المخالفة، ويكون ذلك ابتداء دعوى الهبة من حيث الحقيقة.

فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل البينة على الهبة؛ لأنه ادعى هبة فاسدة، فإنه ادعى أنه وهب ملكه بالشراء، والشراء لا ينفسخ بجحود أحد المتبايعين.

قلنا: البائع قد جحد البيع، وجحود أحد المتبايعين فسخ العقد، فكأن البائع قال: فسخت البيع، فيتوقف على قبول المشتري، فلما استوهبه منه المشتري، فقد أجابت

---

(١) هكذا في الأصل وف، وكان من حقه: لاستغنى.

الشراء الآخر، لأن الشراء الأول لا يخلو إما إن كان ثابتًا أو لم يكن ثابتًا، فإن لم يكن ثابتًا ثبت الثاني، وإن كان ثابتًا ينفسخ بمقتضى ثبوت الثاني سابقًا عليه، بخلاف دعوى الميراث من أبيه، ودعوى الشراء من ذي اليد، فإن أحد الأمرين هو الثابت، ولا يدرى، فإن ههنا واحد الشرائين ثابت بيقين.

والجواب: أن الشراء الثاني غير ثابت بيقين، يجوز أن يكون الشراء الثاني بعد الأول بتراضيهما، فيفسخ الأول، ويثبت الثاني، ويجوز أن يكون بغير رضى المشتري، بأن جحد المشتري الشراء الأول، فالشراء ثابت بألف درهم، وعلى هذا التقدير لا ينفسخ الأول لكونه مضطرًا في الثاني، فعلى هذا الاعتبار يكون الثابت الأول أو الثاني، لا الثاني بيقين، فكان الجواب فيه كالجواب في دعوى الشراء والميراث.

وإن كان الشهود شهدوا أنه اشترى منه منذ سنة بألف درهم، لا تقبل بينته إلا أن يأتي بالتوفيق، بأن يقول: اشتريتها منه منذ سنة بألف درهم، كما شهد به الشهود، ثم بعتها منه، ثم اشتريته منه منذ شهر بما ادعيته.

١٤٦٨٦ - وإذا ادعى عبدًا في يدي رجل أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة، وأقام شهودًا شهدوا أنه اشتراه من صاحب اليد منذ سنتين[1]، والمدعي يدعي ذلك، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق، فيقول: اشتريته منه منذ سنتين، ثم جحدني الشراء، ثم تصدق به علي منذ سنة، وكذلك إذا ادعى أنه اشترى هذا العبد من صاحب اليد منذ سنة، وشهد الشهود أنه تصدق به عليه منذ سنتين، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق على ما بينا.

ولو ادعى أن صاحب اليد تصدق به عليه منذ سنة، وشهد الشهود أنه اشتراه منه منذ شهر، لا تقبل هذه الشهادة إلا أن يوفق، فيقول: تصدق به علي منذ سنة كما ادعيت، ثم جحد في الصدقة، فاشتريته منه منذ شهر، هكذا ذكر في دعوى الأصل، وإنه يخالف مسألة الجامع الصغير التي تقدم ذكرها.

قال في الأصل أيضًا: وكذلك إذا ادعى شراءه منه منذ سنة، وشهد الشهود أنه تصدق به عليه منذ شهر، لا تقبل الشهادة إلا أن يوفق، وإنه يخالف مسألة الجامع

---

(١) هكذا في الأصل و م، وكان في [illegible] سنين.

الصغير" أيضاً.

ولو ادعى أنه ورثه من أبيه، وأقام البينة، وادعى أن معه وارث آخر، تقبل بينته، ولا يصير متناقضاً، وإن ادعى الكل لنفسه أولاً؛ أنه لو ادعى الكل لنفسه أولاً، ثم ادعى بعد ذلك أنه لغيره، وأنه وكيل بالخصومة، يصح دعواه، ولا يصير متناقضاً، وهي المسألة التي تلي هذه المسألة، فهنا أولى، وقد ادعى البعض لغيره، وادعى أنه وكيله، وادعى البعض لنفسه.

١٥٢٨٧- ولو ادعى عيناً في يد إنسان أنه له، وأقام بينة أنه لفلان وكّله بالخصومة فيه، قبلت بينته ولا يصير متناقضاً، ولو ادعى أولاً أنه لفلان وكّله بالخصومة فيه، وأقام بينة بعد ذلك أنه لي، لا تقبل بينته، ويكون متناقضاً إلا أن يوفق.

والفرق: أن قوله: "لي" في المسألة الأولى وإن كان حقيقة لملك الرقبة، إلا أنه يحتمل الإضافة إلى نفسه بحق الخصومة، فالوكيل بالخصومة يضيف العين إلى نفسه بحق الخصومة، فيمكن أن يجعل قوله بالكرة الثانية أنه لفلان وكّلني بالخصومة فيه بياناً لعين كلامه الأول، فلا يتحقق التناقض، أما في المسألة الثانية لا يمكن أن يجعل الكلام الثاني، وهو قوله: "لي" بياناً للكلام الأول، وهو قوله: إنه لفلان وكّلني بالخصومة فيه؛ لأن الكلام الأول مفسر بنفسه، فلا يمكن أن يجعل الكلام الأول بياناً وتفسيراً للكلام الثاني؛ لأن التفسير لا يكون قبل المفسر، فكان كل كلام كلاماً على حدة، وحقيقة الإضافة لملك الرقبة والكلام حقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، فكأنه نص في الكلام الثاني على أنه لي بملك الرقبة، ولو نصّ على هذا يصير متناقضاً، كذا ههنا، إلا أن يوفق، فيقول: كان لفلان وكّلني بالخصومة فيه، ثم اشتريته منه بعد ذلك، وأقام على ذلك بينة، فحينئذ تقبل بينته.

١٥٢٨٨- ولو ادعى أنه لفلان وكّلني بالخصومة فيه، أقام البينة أنه لفلان آخر، وكّلني بالخصومة فيه، لا تقبل بينته إلا أن يوفق، قال: والدين في هذا نظير العين، حتى لو ادعى على رجل دين ألف درهم في صك، جاء به باسمه، ثم جاء ببينة أن ذلك المال وذلك الصك بعينه لفلان وكّله بالخصومة فيه، قبلت بينته.

١٥٢٨٩- روى أبو سليمان وابن سماعة: أن من ساوم رجلاً بولد أمة، أو تمرة

نخلة، أو نخل في الأرض، ثم أقام البينة أن النخلة والأمة والأرض له، قبلت بينته، ويقضى له بالأمة والنخلة والأرض دون الولد والثمرة والنخل؛ لأن أقصى ما فيه أن المساومة إقرار لصاحبه، أو إقرار أن لا ملك للمساوم فيه على حسب ما اختلفت الروايات فيه إلا أن هذا الإقرار لا يكون فوق صريح الإقرار، ولو أقر هو صريحًا بالولد لصاحب الولد، أو أقر صريحًا أن الولد ليس له بالملك، ثم ادعى الأمة نفسه، يُسمع دعواه، كذا ههنا، وهذا لأن الإقرار بالملك المطلق يحمل على الملك الحادث، حتى إنه لو أقر بأمة لرجل، ولها ولد، كانت الأم للمقر له، دون ولدها، بخلاف البينة القائمة على الملك المطلق، حيث يحمل على الملك من الأصل، وإذا ثبت أن الإقرار بالملك المطلق يحمل على حدوث الملك صار المساوم مقرًا بالملك لمن ساوم إليه بحدوث الملك بالولد والثمر، وليس من ضرورته ثبوت الملك للمقر له في الأم، ولم يوجد المخالفة بين الدعوى والإقرار، وكذلك إذا ادعى الولد والثمرة مع الأم والنخلة؛ لأن دعواه في الولد والثمرة لم يصح؛ لمكان إقراره السابق فيبقى دعوى الأمة والنخلة وحدها

وكذلك لو كانت الأمة حاملا، فولدت في يده، فساوم الولد بعد إقامة البينة، قبل القضاء بالأم له؛ لأنه يحتمل أن يكون ملكًا للمقر له، فيملك من جهته بعد الولادة، فلم يكن من ضرورة صحة هذا الإقرار بطلان دعواه في الأمة، فيبقى تلك الدعوى صحيحة.

وكذلك إذا قالا: إن الولد للمدعى عليه، أو قالا: لا ندري لمن الولد؟ لأنهما يبيا أنهما خصا بشهادتهما الأمة دون الولد، والولد منفصل عنها. فيصح دخول الأم في الشهادة دونه، فيقضى له بالأم خاصة.

وكذلك إذ لم يقم بينة للمدعي، ولكن المدعى عليه أقر بأن الأم لمدع، يقضى له بالأم دون ولدها؛ لأن الثابت بالإقرار ملك حادث؛ لأنه حجة قاصرة، لا الملك من الأصل، فلايستند حكمه إلى حالة الولادة، فاقتصر حكم الإقرار على الأم خاصة.

١٥٢٩٠- ولو أن رجلا في يديه دار مبنية، جاء رجل وأقام بينة أنها داره، وذكرا البناء في شهادتهما، أو لم يذكرا، ثم ماتا أو غابا قبل أن يسألهما القاضي عن البناء، فإن القاضي يقضي بالدار ببنائها للمدعي، أما إذا ذكرا البناء لا شك فيه، وأما إذا لم

يذكر البناء؛ لأن البناء مركب في الأرض تركيب قرار، فيدخل تحت ذكر الأرض خصوصاً في ذكر الدار؛ لأن الغالب يستعمل الدار في المبنى.

ثم إذا قضى القاضي للمدعي بالدار ببنائها، إن أقر المدعي[1] بعد ذلك، وقال: ليس البناء لي، إنما هو للمدعى عليه، ولم يزل له، أو قال: ذلك بعد الشهادة قبل القضاء، فإن هذا إكذاب للشاهد، وبطلت الشهادة والقضاء في البناء والدار جميعاً، وإن قال: البناء للمدعى عليه، فهذا ليس بإكذاب لشهوده، هكذا ذكر المسألة في الأقضية.

وذكر في آخر شهادات «الأصل»: أن الشهود إذا ذكروا البناء في شهادتهم، وقضى بشهادتهم، ثم أقر المدعي بعد ذلك بالبناء للمدعى عليه، كان ذلك إكذاباً للشهود، وبطلت الشهادة والقضاء، وإذا لم يذكروا البناء في شهادتهم، وقضى عليه بالدار والبناء، ثم أقر بالبناء للمدعى عليه، لا يكون ذلك إكذاباً لشهوده.

وجه الفرق على رواية شهادات «الأصل»: أن البناء إذا لم يكن مشروطاً في الشهادة، فالقضاء بالبناء ما كان لكونه مشهوداً به، بل تبعاً للأرض؛ لأن حكم الأصل يثبت في التبع إلا إذا وجد دليل يوجب قطع التبعية، فإذا أقر المدعي بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه، فهذا الإقرار حجة قطعية، يخرجه عن التبعية، وصحة إضافته[2] في الملك لا أن يكون إكذاباً للشهادة، فأما إذا كان البناء منطوقاً به في الشهادة، فالقضاء بالبناء لكونه مشهوداً به، فالإقرار بالبناء بعد ذلك للمدعى عليه يكون إكذاباً للشهود ضرورة، فيوجب بطلان الشهادة.

ووجه التسوية على رواية «كتاب الأقضية»: أن مطلق اسم الدار في الغالب من كلام الناس وفي عاداتهم يستعمل بإزاء الأرض والبناء، والشرع يشهد بذلك، لا يدخل داراً، فدخل صحراء، كانت داراً، وقد انهدم بناؤها، لا يحنث، والثابت باعتبار العادة وغلبة الاستعمال كالثابت، حتى إن حلف يقتضي اللفظ حقيقةً، فيستوي ذكر البناء وعدمه

(١) كذا في ظ، وكان في الأصل و م: أقر أن للمدعي بعد ذلك مكان: إن أقر المدعي.

(٢) وفي م: أصبه.

ثم على رواية "كتاب الأقضية" : فرق بينما إذا قال المقضي له : ليس البناء لي ، وإنما هو للمدعى عليه ، وبينما إذا قال : كان البناء للمدعى عليه يوم شهادة الشهود ، أو قال : لم يزل ملكًا للمقضي عليه ، فلم يجعل الأول تكذيبًا للشهود ، وجعل الثاني والثالث تكذيبًا ، وعلى رواية كتاب الشهادات لم يفصل ، وجعل مطلق الإقرار بالبناء للمدعى عليه تكذيبًا للشاهد إذا كان البناء مذكورًا في الشهادة ، وجه ما ذكر في كتاب الشهادات : أن مطلق الإقرار بالبناء للمقضي عليه يناقض شهادة الشهود بالبناء للمدعي ، والإكذاب من حكم المناقضة .

وجه ما ذكر في "الأقضية" أن قوله : البناء ليس لي ، وإنما هو للمدعى عليه كلام محتمل يحتمل أنه للمقضي عليه ، لأنه كان له يوم شهد الشهود ، فيكون إكذابًا للشهود ، ويحتمل أنه له ، لأن تملكه من جهتي بعد ما شهد به الشهود ، فلا يكون إكذابًا للشهود ، فلا يكون إكذابًا بالاحتمال ، وكذلك قوله : كان البناء له يوم شهد الشهود ، ولم يزل ملكًا له .

هذا إذا أقر المقضي له بعد القضاء له أن البناء ليس له ، وأنه للمقضي عليه ، ولو أن المقضي له لم يقر بذلك ، لكن المقضي عليه ادعى البناء لنفسه ، فعلى رواية "كتاب الأقضية" : لا تسمع بينته ، ذكر الشهود البناء في شهادتهم ، أو لم يذكروا ، وعلى رواية شهادات "الأصل" : إن لم يذكر البناء في شهادتهم ، سمع دعوى المقضي عليه ، وإن ذكروا ، لم يسمع دعواه .

١٥٢٩٦ - وفي "المنتقى" : وفي "الإملاء" عن محمد : رجل ادعى دارًا في يدي رجل ، وأنكر الذي في يديه الدار حق المدعي ، فشهد للمدعي شاهدان أن الدار داره ، ولم يزيدوا على ذلك ، فلما ذكروا ، قال المدعى عليه : البناء بناءي أنا بنيته ، وأراد أن يقيم البينة على ذلك ، قال : إن كان شهود المدعي حضورًا ، فالقاضي يسألهم عن البناء ، فإن قالوا : البناء للمدعي مع الدار ، فالقاضي لا يلتفت إلى قول المدعى عليه ، وإن قالوا : لا ندري لمن البناء ، إلا أنا نشهد أن الأرض للمدعي ، فليس ذلك بإكذاب منهم لشهادتهم ، ويقضي للمدعى عليه بالبناء إن أقام بينة على البناء ، ويؤمر بالهدم ، وتسليم الأرض إلى المدعي ، فإن لم يحضر للمدعى عليه بينة على البناء ، قضي عليه القاضي

وكذلك إذا شهدوا أن هذا الخاتم لفلان، ولم يذكروا الفص، أو شهدوا أن هذا السيف لفلان، ولم يذكروا الحلية، فالقاضي يقضي بالسيف وبالحلية وبالخاتم والفص لفلان من غير أن يكون الفص والحلية مشهوداً به، حتى لو أقام المشهود عليه بينة أن البناء والحلية والفص له، قبلت شهادته، سواء كان القاضي قضى بذلك للمدعي أو لم يقض.

١٥٢٩٢- وفيه أيضاً: إذا شهد الشهود على رجل بجارية في يديه أنها لهذا المدعي، وقضى القاضي له بها، ثم غاب الشاهدان، أو ماتا، وظهر للجارية ولد في يد المشهود عليه لم يره الشهود، أخذه المدعي، وكذلك لو كان الولد ظاهراً، وشهد الشهود بالجارية للمدعي، ولم يتعرضوا للولد، فالقاضي يقضي للمدعي بالجارية وبالولد، فإن قال الذي في يديه الجارية: أنا أقيم بينة على أن الولد لي، أم ولدت إلى ابنته، ويدعي جاريته، وولدها للمدعي، فإن قضى القاضي بذلك، ثم حضر الشهود، وقالوا: لم يكن الولد للمدعي، وإنما كان للمدعى عليه، فالقاضي لا يقضي بالولد للمدعى عليه.

وإن أقام البينة على الولد، ولو كان(١) الشهود حضوراً، وسألهم القاضي عن الولد قبل القضاء، فقالوا: هو للمدعى عليه، أو قالوا: لا ندري لمن هو؟ فالقاضي لا يقضي في الولد للمدعي، ويقضي بالجارية للمدعي. قال: ولا يشبه هذا في هذا الوجه البناء، وعلل فقال: لأن البناء موصول بالدار، فقد أشار إلى أن شهود المدعي في مسألة الدار إذا قالوا وقت الشهادة بالدار: لا ندري لمن البناء أنه يقضي بالبناء للمدعي بالدار.

قوم ورثوا داراً من أبيهم، واقتسموها فيما بينهم، فادعى بعضهم أن أباه كان تصدق بحصة منها مقسومة عليه، أو ادعى ذلك لابن له صغير، وقال: [illegible] منه، وأقام على ذلك بينة، فدعواه باطلة، وبينته مردودة.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن إقدام العاقل على عقد إقرار منه بصحة ذلك العقد؛ لأنه إنما أقدم عليه لالتزام موجبه، وإنما يلزمه موجب العقد إذا صح العقد، فهنا [illegible] ادعى فساده وبطلانه بعد ذلك، صار متناقضاً، والمتناقض لا قول له.

إذا ثبت هذا، فنقول: دعوى طائفة منهم مقاسمة من بعض الورثة دعوى بطلان

(١) في الأصل: ولو كان من غير [illegible]

القسمة؛ لأنه ليس لهم قسمة مال الغير. وقد أقرّ بصحتها حال ما اقتسم عليه، فيتحقق المناقضة.

١٥٢٩٣ - ولو كان ادعى ديناً على أبيه، صحّ دعواه، وقُبلت بينته على ذلك؛ لأنه ليس بمناقض؛ لأن القسمة مع الدين صحيحة حتى لو قضى الوارث دين الغريم من مال آخر، أو أبرأ الغريم الميت عن الدين، لا يحتاج إلى إعادتها، ولكن يكون للغريم حق نقض القسمة إذا لم يصل إليه حقه من مال آخر.

١٥٢٩٤ - قال في كتاب الإقرار: رجل أقرّ أن لفلان عليه ألف درهم، ثم قال بعد ذلك: قضيتها إياه قبل أن أقرّ بها، وأقام البينة على ذلك، لم تقبل بينته، ولو ادعى أنه قضاه قبل الإقرار موصولاً بإقراره، فالقياس أن لا تُقبل بينته؛ لأنه مناقض في الدعوى؛ لأن إقراره يوجب كون الألف عليه وقت الإقرار، لولا ذلك، لما صح الإقرار، فإذا ادعى القضاء قبل ذلك، وأنه يوجب سقوط الدين عنه بالقضاء قبل الإقرار؛ كان مناقضاً في الدعوى، فلا يسمع ذلك منه، كما لو ادعاه مفصولاً.

وفي الاستحسان: تُقبل بينته؛ لأن هذا اللفظ قد يُذكر ويُراد به كان له عليه ألف درهم، فإن الشيء يُسمّى باسم ما قد كان، كما يسمّى القاضي المعزول قاضياً، ونظائره كثيرة، فمتى وصل هذا الكلام بإقراره، دلّنا أنه أراد به هذا النوع من المجاز، وإن كان هذا مغيّراً لصدر الكلام، ولكنه يصحّ إذا كان ذلك موصولاً، فأما إذا كان مفصولاً عن إقراره، لا يصح هذا لبيان المغير منه، فبقي التناقض باعتبار ظاهر كلامه، فلم يصح التناقض.

ولو قال: كانت له عليّ ألف درهم، ثم قال: قضيتها إياه قبل الإقرار موصولاً أو مفصولاً، وأقام البينة عليه، قبلت بينته؛ لأنه إخبار عن وجوب الألف عليه في زمان سابق، فلا ينفي القضاء قبل الإقرار، بخلاف المسألة الأولى، فإنه إخبار عن وجوب الألف عليه للحال، فإذا ادعى القضاء قبله، كان متناقضاً، فلم يسمع دعواه وبينته.

١٥٢٩٥ - قال: رجل في يديه عبد، قال لآخر: هو عبدك يا فلان، فقال فلان الآخر: لا، بل هو عبدك، ثم قال المقرّ له الأول: هو لي، وأقام بينة، لم تقبل بينته؛ لأن بين إقراره ملك العبد لآخر ودعواه ملكية العبد لنفسه تناقض، والتناقض يمنع صحة

الدعوى.

وإنما أورد هذه المسألة لإشكال، وهو أن المقر له الأول لما قال لغيره: بل هو عبدك، فقد كذب المقر له الأول في إقراره له، فبطل إقراره لمكان التكذيب، فيجب أن لا يعتبر لإثبات المناقضة، لكنا نقول: إن قول المقر له لآخر: لا، بل هو عبدك، ليس بتكذيب للمقر الأول في إقراره، بدليل أنه يأخذه المقر له الثاني، ولو بطل الإقرار الأول؛ لمكان أنه كذبه فيه، لم يكن له أن يأخذه من يده، ولكن قيل: إن قوله: بل هو عبدك محتمل يحتمل أنه عبده، ولم يزل له، ولم يكن للمقر له الأول، فيكون مكذبًا له في إقراره، ويحتمل أنه عبده؛ لأنه ملكه من المقر له الثاني للحال، فلا يكون تكذيبًا للمقر له، فلا يثبت التكذيب بالاحتمال.

١٥٢٩٦- رجل ادّعى أن هذه الدار له إلا بيتًا منها، وأقام البينة على الجميع، أو كان ادعى على رجل ألف درهم، وأقام عليه البينة بألفين، فقال المدعي للدار: كان البيت لي، فبعتُه، وكان لي عليه ألفان، فأبرأته عن الألف، قبلت بينته؛ لأنه زال الخلاف والتناقض بما ذكر، فلعل الأمر كما ذكر، ولم يعلم به الشهود، فشهدوا على جميع الدار والألفين، وإذا زال التناقض، وجب قبول الشهادة.

وإن قال: لم يكن لي قط، ولا كان لي عليه قط إلا ألف، أبطلت بينته؛ لأنه صرّح بإكذاب الشهود في البيت والألف، فبطلت الشهادة، وإن أبى أن يبيّن شيئًا من ذلك، فالقياس أن تقبل بينته، وفي الاستحسان لا تقبل، وجه القياس في ذلك أن امتناع قبول الشهادة لمكان المخالفة بين الدعوى والشهادة، وإذا كان التوفيق محتملا لا يمكن القول بثبوت المخالفة؛ لأنها لو ثبتت، ثبتت مع الشك؛ ولأن التوفيق إذا كان محتملا يجب الحمل عليه حملا لأمر المدعي على الصلاح، كما في مسألة الأكرار[1].

وجه الاستحسان أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة ومعنًى، فإن كان التوفيق مرادًا يزول الخلاف، وإن لم يكن مرادًا، لا يزول الخلاف، فلا يزول الخلاف مع الاحتمال قوله يحمل على التوفيق حملا لأمر المدعي على الصلاح

(١) الأكرار جمع كر، وفي م: الإقرار، وفي الأصل: الإكر، هكذا الاختلاف في الصفحات الآتية أيضًا.

قلنا : الحمل على الصلاح نوع ظاهر ، والظاهر يصلح لإبقاء ما كان ، ولا يصلح لإثبات أمر لم يكن ، وحاجتنا ههنا إلى إثبات أمر لم يكن وهو البيع والقضاء ، بخلاف مسألة الأكرار ؛ لأن مطلق المقابلة يحتمل بيع الجنس بخلاف الجنس ، فإذا عيّنا حملا لأمرهما على الصلاح ؛ تبيّن أنه هو الثابت لمطلق المقابلة ، فكان هذا إبقاء[١] ما هو ثابت بمطلق المقابلة ، لا إثبات أمر لم يكن ، أما ههنا بخلافه .

ثم استشهد في الكتاب : فقال ألا ترى أن المدعي لو قال بعد القضاء بالدار : لم يكن البيت لي قط ، يبطل القضاء ، فإذا كان يبطل القضاء بهذا النوع من المخالفة ؛ لأن لا يجوز القضاء معها كان أولى .

١٥٢٩٧ - دار في يدي رجل يزعم أنه اشتراها من رجل ، فجاء رجل وادعى عند غير القاضي أنها داره ، تصدق بها عليه الذي باعها من ذي اليد ، ثم رفع المدعي الذي في يديه الدار إلى القاضي بعد شهر ، أو سنة ، وادعى أنها داره ، اشتريته من الذي زعم ذو اليد أنه اشتراها منه ، فهذه المسألة على وجهين : الأول : أن يذكر[٢] للصدقة والشراء تاريخا ، وإنه على وجهين : إن ذكر تاريخ الشراء قبل تاريخ الصدقة لا تقبل شهادة شهوده ؛ لأن ادعاء الصدقة إقرار منه بكون الدار ملك المتصدق وقت الصدقة ، وأنه ينافي كون الدار ملكًا له بالشراء عندها ، فيصير مكذبًا شهوده ، فلا تقبل شهادتهم ، وإن ذكر تاريخ الشراء بعد تاريخ الصدقة ، قبلت شهادتهم ، هكذا ذكر في الأقضية ، وهذا إشارة إلى أن احتمال التوفيق يكفي .

ووجه الاحتمال أن يقول : جحدني الصدقة بعد ما تصدّق بها عليّ ، فاشتريتها منه ، وسيأتي الكلام بعد هذا في أن احتمال التوفيق هل يكفي ؟

الوجه الثاني : إذا لم يذكر التاريخ ، وفي هذا الوجه تقبل شهادة شهوده ؛ لأن الشراء حادث ، والأصل في الحوادث أن يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ، وذلك بعد تاريخ الشراء لا محالة ؛ لأنه ادعى الشراء بعد شهر ، أو سنة .

فإن قيل : كيف يصح دعوى الشراء من فلان حال كون الدار في يد غيره ، وأنه

(١) وفي الأصل : الإبقاء .

(٢) وفي الأصل : أن يذكرا .

أبع شيئاً بنفسي ، وإنما باع وكيلي ، ثم صحت البيع أيها المشتري بعد ذلك مني ، فإذا أمكن التوفيق بينهما حمل عليه ، وهذه المسألة إشارة إلى أنه يكتفي بمجرد إمكان التوفيق ، وكذا ذكر في "الجامع الصغير" ، وفي "كتاب الأقضية" ، وذكر في "الجامع الكبير" ، وفي بعض نسخ دعوى "الأصل" : أنه لا يكتفي بمجرد إمكان التوفيق ، ولا بدّ من أن يوفق المدعي ، قيل : ما ذكر في "الجامع الصغير" ، وفي "الأقضية" : قياس ، وما ذكر في "الجامع الكبير" ، وفي "الأصل" : استحسان ، وأصله ما ذكر في دعوى الألف ، وشهادة الشهود على الألفين القياس أن تقبل ؛ لاحتمال التوفيق ، وهذا لأن حمل أمر المسلمين على الصحة واجب ما أمكن ، فإذا كان التوفيق ممكناً ، أمكن حمل دعوى المدعي على الصحة ، فيجب على القاضي ذلك ، وإن لم يوجد من المدعي تنصيص عليه ، كما في مسألة الأكرار[١].

وفي الاستحسان : لا تقبل ؛ لأن المخالفة ثابتة صورة ومعنًى ، فإن كان التوفيق مرادًا ، يزول الخلاف ، وإن لم يكن التوفيق مرادًا لا يزول الخلاف ، فلا يزول الخلاف بالاحتمال ، فأما إذا وفق فقد بين أن التوفيق مراد ، وصح منه هذا البيان ؛ لأن احتمال التوفيق ثابت ، وقوله يحمل على التوفيق حملاً لأمر المدعي على الصحة ، فالجواب ما مرّ قبل هذا أن الحمل على الصحة نوع ظاهر ، وأنه لا يصلح لإثبات أمر لم يكن .

١٥٦٩٩ - قال محمد في "الجامع" : إذا ادّعى رجل دارًا في يدي رجل أنها داره ، ورثها من أبيه ، وجاء بشهود شهدوا أنه اشتراها من أبيه في حال حياته ، لا تقبل هذه الشهادة ومثله لو ادّعى أولاً أنه اشتراها من أبيه في حياته ، وجاء بشهود شهدوا أنه ورثها من أبيه ، قبلت هذه الشهادة .

والفرق : أن في المسألة الثانية التوفيق ممكن ، بأن يقول : اشتريته من أبي كما ادّعيت أول مرّة ، ثم جحدني الشراء ، وعجزت عن إثباته بالبينة ، وبقيت الدار على ملك الأب ظاهرًا ، وصار بموته ميراثًا لي ظاهرًا مع ما تقدم من صورة الشراء ، فلا يبطل بينة الإرث بالاحتمال ، أما في المسألة الأولى التوفيق غير ممكن ؛ لأنه لا يمكنه أن يقول :

---

(١) هكذا في ظ وفي م : الإقرار ، وفي ف : الأكرا

ورثتها[1] عن أبي، فصحّحني الإرث، واشتريت منه في حياته.

١٥٣٠٠ - وإذا ادعى عينًا في يد إنسان أنه له، وأقام على ذلك بينة، ثم إن المدعي قال: هذا العين لم يكن لي قط، بطلت بينته، ولم تقبل، ويبطل القضاء إن كان قد قضى له به؛ لأنه أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء، وبطلان حقه، وكذلك إذا لم يقبض بعد؛ لأن الإكذاب حصل بقوله: لم يكن لي.

١٥٣٠١ - قال محمد في «الجامع الكبير»: رجل أقر عند القاضي أن هذا العبد كان لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، ولم يوقت الشهود وقتًا، وفلان يجحد البيع، فالشهادة جائزة؛ لأنه أقر بملك البائع في زمان ماضٍ، ثم ادعى تلقي الملك من جهته، وملك البائع في الزمان الماضي مؤكد لملك المشتري؛ لأن الإقرار به لا يمنع قبول الشهادة على الشراء، أقصى ما في الباب أنه يحتمل أن الشراء كان قبل ذلك الوقت، ولكن بالاحتمال لا يثبت المناقضة، كيف وأن الشراء حادث، والحوادث يحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات بقضية الأصل، وذلك بعد الإقرار، فلا يثبت به التناقض، فلا يمنع قبول الشهادة.

وأما إذا قال: هذا العبد لفلان، ثم أقام بينة بعد ذلك أنه اشتراه منه قبل الإقرار، لم تقبل بينته؛ لأن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له في الحال، وأنه ينافي دعوى الشراء قبله، فلم تقبل بينته لمكان التناقض.

هذا إذا قال ذلك مفصولًا، فأما إذا قال [ذلك][2] موصولًا عند القاضي: هذا العبد لفلان اشتريته منه أمس، فالقياس أن لا تقبل بينته، وفي الاستحسان: تقبل، وجه القياس: أن قوله: هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له في الحال، وأنه ينفي دعوى الشراء منه أمس، فلا تقبل بينته للتناقض.

ووجه الاستحسان: أن العين قد يضاف إلى إنسان باعتبار أنه كان مالكًا له، يقال: دار فلان، وإن كان باعها، ألا ترى أنه يجوز إطلاق الاسم على الذات باعتبار ما قد كان حتى يسمى القاضي بعد العزل قاضيًا، وعلى هذا الوجه لا يثبت التناقض.

(١) هكذا في ط، وفي الأصل وم: ورثها.

(٢) ليس في الأصل.

يومئذ(١) ولا دعوى، أو قال: كنت أقررت منذ أيام: هذا العبد لفلان، لا حق لي فيه، أو قال: لا حق لي فيه، ولم يقل: إنه لفلان، ثم أقام البينة أنه اشتراه منه بألف درهم، فإن القاضي يسأل عن الشهود متى كان الشراء؟ فإن وقتوا الشراء وقتاً بعد الإقرار، قبلت شهادتهم، وإن وقتوا الشراء وقتاً قبل الإقرار، أو قالوا: لا ندري متى كان وقت الشراء، لا تقبل شهادتهم.

وفرق بين هذا وبينما إذا قال: هذا العبد لفلان، ولم يقل: لا حق لي فيه، ثم أقام البينة على الشراء منه بعد ذلك، فإنه تقبل، وإن لم يوقت الشهود للشراء وقتاً، والفرق: إذا قوله هذا العبد لفلان إخبار عن ملك المقر له في الحال، وقوله: لا حق لي فيه نفي للملك عن نفسه أصلاً، فكان محكماً في إسقاط حقه في الدعوى، فلا يسمع دعواه وبينته إلا إذا وقت وقتاً بعد الإقرار حتى لا يؤدي إلى ارتفاع المضادة والتنافي بالاحتمال، وفي تلك المسألة ما نص على إسقاط حقه، والتناقض خفي، فلا يثبت بالاحتمال.

١٥٣٠٣ - ولو أن رجلاً كتب لرجل أني كنت ادعيت عليك دوراً وبيوعاً وأشياء أخرى، ادعيت عليك، فأقررت أنه لا حق لي قبلك، ولا دعوى من شراء ولا غير ذلك، ثم أقام البينة على عبد عند المكتوب إليه أنه عبده اشتراه منه، وأن له عليه ألف درهم قرض، أو أنه غصبه منه ذلك، فإنه لا تقبل هذه البينة إلا أن يوقتوا وقتاً بعد البراءة؛ لأنه لما نفى عن نفسه البراءة عاماً، فقد أسقط جميع حقه قبله في العين والدين جميعاً، فيكون متناقضاً في دعواه، فلا تسمع دعواه، ولا تقبل البينة منه حتى يزول التناقض بيقين، وذلك بأن يوقت بعد البراءة، فأما مع الاحتمال لا يزول التناقض، ولا يبطل حكم البراءة بالشك، وكذلك قال أبو حنيفة: فيمن كتب لرجل براءة، ثم أقام بينة على دين له تقبل بينته حتى يعلم أنه بعد البراءة؛ لأن البراءة ثبتت بيقين، فلا يبطل حكمها إلا بيقين، وهو أن يكون بسبب موجود بعد البراءة.

١٥٣٠٤ - قال في كتاب الأقضية: رجل قال: جميع ما في بيتي من قليل أو كثير من عبد أو غيره لفلان، ثم مكث أياماً، ثم اختلفا في عبد في يده، فقال المقر: لم يكن في يدي يوم أقررت، وقال المقر له: لا، بل كان في يدك، فالقول قول المقر.

(١) وفي الأصل: حينئذ

وفرق بينه وبين البراءة، فإن في فصل البراءة إذا تنازعا في عبد بعينه، يجعل داخلا تحت البراءة حتى يثبت بالبينة أنه يثبت استفادته بعد البراءة، وهنا لم يجعله داخلا تحت الإقرار.

والفرق: ما أشار إليه في الكتاب أن من كان في يده شيء، فهو له حتى يعلم أنه لغيره، وبيان هذا أن في مسألة الإقرار العبد المتنازع فيه في يد المقر حاجتنا إلى قطع يده، فإن كان في يده يوم الإقرار، يجوز قطع يده، وإن لم يكن لا يجوز قطع يده، واحتمل أنه لم يكن في يده يوم الإقرار، فلا يجوز قطع يده بالشك، وفي مسألة البراءة المال في يد المدعى عليه، واحتمل حدوث الدين، فيجوز قطع يده، واحتمل البقاء، فلا يجوز قطع يده بالشك، فإذا في الفصلين لم تبطل يد صاحب المال بالشك.

وذكر في بعض روايات إقرار "المبسوط": لو أن رجلا قال: ما في حانوتي لفلان، ثم مكث أياما، وادعى شيئا مما في الحانوت أنه وضعه بعد الإقرار أنه يصدق، وهذه الرواية موافقة لرواية الأقضية، وفي بعض روايات كتاب الإقرار: لا يصدق، وهذه الرواية مخالفة لرواية "كتاب الأقضية"، وتأويل هذه الرواية: أنه ادعى بعد الإقرار في مدة لا يمكنه إدخال ذلك الشيء في الحانوت في تلك المدة بيقين حتى يثبت كون ذلك في الحانوت في تلك المدة وقت الإقرار بيقين، وفي مسألة الأقضية لو تيقنا بكون المدعى في يد المقر وقت الإقرار، كان الجواب فيه كما ذكر في بعض روايات الإقرار، أنه لا يصدق المقر.

١٥٣٠٥ - قال محمد في "الجامع": دار في يدي رجل أقام رجل بينة أنها داره، وقضى القاضي له بالدار، ثم إن المقضي له أقر أنها دار فلان، لا حق لي فيها، وصدقه فلان في ذلك، فقال المقضي عليه للمقضي له: قد أكذبت شاهديك حين أقررت أنها لفلان، لا حق لك فيها، وأقررت بخطأ القاضي في قضاءه، فرد الدار علي، أو قيمتها، فالقضاء ماض، ولا سبيل للمقضي عليه لا على الدار، ولا على المقر، ولا على المقر له؛ لأن قضاء القاضي قد نفذ من حيث الظاهر.

وقوله: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها محتمل يحتمل لا حق لي فيها من الأصل، وكنت مبطلا في الدعوى، وعلى هذا التقدير يصير مقرا بخطأ القاضي،

ويجب نقض القضاء، ويحتمل لا حق لي فيها؛ لأني ملكتها من المقر له بعد القضاء، وعلى هذا التقدير لا يصير مقرًا بخطأ القاضي، ولا يجب نقض القضاء، فلا يجب نقضه بالشك.

فإن قيل: هذا الاحتمال إن كان يتأتى فيما إذا أقر المقضي له بذلك بعد ما غاب عن مجلس القاضي، أما لا يتأتى فيما إذا أقر قبل الغيبة عن مجلس القاضي، والجواب فيهما واحد.

قلنا: لا، بل يتأتى قبل الغيبة أيضًا، إذ يجوز أن المقضي له قد كان باع الدار من المقر له قبل القضاء له على أنه بالخيار ثلاثة أيام حتى لم يزل الدار عن ملكه؛ لما أن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، ثم إن المقضي عليه استولى على الدار، وغصبها منه، فأقام صاحب الدار بينة قبل مضي مدة الخيار أن الدار له، ثم لما قضى القاضي له بالدار مضى مدة الخيار عقبه[1]، وعلى هذا التقدير كان المقضي له محقًا في دعواه أن الدار له، وكان الشهود صادقين في شهادتهم أنها للمشهود له، فكان المقر صادقًا في إقراره أنها صارت لفلان المقر له من جهته بعد القضاء؛ لأنها صارت للمقر له من جهة المقر بعد سقوط الخيار، وذلك بعد القضاء، وإذا كان هذا الوجه محتملاً، وبهذا الاحتمال لا ينتقض القضاء، وقع الشك في نقض القضاء، فلا ينقض بالشك.

١٥٣٠٦- ولو أن المقضي له قال: هذه الدار لفلان ما كانت لي قط، بدأ بالإقرار وثنّى بالنفي، أو قال: ما كانت لي قط، إنما هي لفلان، بدأ بالنفي، وثنّى بالإقرار، وأنه على وجهين: إن صدّقه المقر له في جميع ذلك، يُردّ الدار على المقضي عليه، ولا شيء للمقر له على المقر. أما لا شيء للمقر له على المقر لأن المقر ادعى ما يبطل إقراره؛ لأنه يدعي أنها ما كانت له قط، وإقرار الإنسان لغيره بمال الغير لا يصح، والمقر له صدقه في ذلك، فبطل إقراره.

وأما رد الدار على المقضي عليه؛ لأن المقضي له أكذب شهوده من كل وجه، حيث أقر أن الدار لم يكن له قط؛ لأن قوله: كانت لي قط، لا يحتمل ما كانت لي؛ لأني ملكتها منه بعد القضاء؛ لأنه ما لم يكن له لا يتصور تمليكه من غيره، فقد أكذب

(١) هكذا هي عبارة الأصل وهو عيب

شهوده، وأقر بعدما قضى القاضي من ذي اليد، والحق له، فيصير مكذباً شهوده، ويبطل القضاء.

١٤٣٠٧ - ولو كان المقر له صدقه في الإقرار، وكذبه في النفي عن نفسه، بأن قال: الدار كانت للمقر، وهبها لي بعد القضاء، يقضى بالدار للمقر له، وعلى المقضي له للمقضي عليه قيمة الدار.

وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا بدأ بالإقرار، ثم نفى؛ لأن إقراره صحيح ظاهراً؛ لأن القاضي يقضي له بالدار، فصح القضاء ظاهراً، وصارت الدار مملوكة له ظاهراً، وإنما أقر بما هو مملوك له ظاهراً، فصح إقراره، وصارت الدار للمقر له، فإذا قال بعد ذلك: ما كانت لي قط، فقد أراد إبطال إقراره، والرجوع عنه، وقد كذبه المقر له في ذلك، فلم يبطل إقراره في حق المقر له.

إنما يشكل فيما إذا بدأ بالنفي، ثم بالإقرار، وكان ينبغي أن لا يقضى بالدار للمقر له هنا؛ لأنه بقوله أول مرة: ما كانت لي قط، أكذب شهوده فيما شهدوا، لأنهم شهدوا له بالملك من الأصل، وقد أقر أنها لم تكن له من الأصل، فقد أكذب شهوده، وأقر ببطلان القضاء، وتكون الدار ملكاً للمقضي عليه، فإذا قال: ولكنها لفلان بعد ذلك، فقد أقر لفلان بملك الغير، والإقرار بملك الغير إقرار باطل.

والجواب: قوله: ما كان لي قط، هذا نفي، وقوله: وإنما هي لفلان، إثبات معطوف على النفي، متصل به، والإثبات متى ذكر معطوفاً على النفي، متصلاً به، لا يقطع عنه، ألا ترى أن من أقر، فقال: لفلان علي ألف درهم من ثمن جارية باعها مني، وقال المقر له: ليس لي عليك شيء من ثمن المبيع، وإنما لي عليك ألف درهم من قرض، أخذ المقر له الألف، ولو كان قوله: وإنما لي عليك ألف درهم من قرض، مقطوعاً عن صدر الكلام، لم يلزم المقر شيء، كما لو سكت عن الكلام سكتة، وإذا ثبت أن الإثبات غير منقطع عن النفي، كان الكل كلاماً واحداً، فلا يظهر تقدم النفي على النقض، فكما يصح النفي يصح الإقرار.

أو نقول: قوله: ما كانت لي قط متصلاً بالإثبات لغيره يستعمل لتأكيد الإثبات عرفاً وعادة، وما ذكر لتأكيد الشيء، كان حكمه حكم ذلك الشيء، فلا يكون له حكم بنفسه، ويصير من حيث المعنى كأنه قال: هذه الدار لفلان، واقتصر عليه

قالوا: ما ذكر محمد في الكتاب: أن المقر له إذا صدق المقر في إقراره، وكذبه في النفي، وقال: هذه الدار كانت للمقر إلا أنه وهبها لي، وقبضتها منه بعد القضاء بالدار، يقضى بالدار للمقر له محمول على ما إذا قال ذلك بعدما غابا عن مجلس القاضي، حتى يمكن للقاضي تصديق المقر له في ذلك.

فأما إذا قال ذلك في مجلس القضاء، نفذ علم القاضي بكذبه؛ لأنه علم أنه لم يجر بينهما هبة وقبض، والكذب لا حكم له، فبقي أن لا يصح إقراره في هذه الصورة. ثم إن محمداً أوجب على المقر قيمة الدار للمقضي عليه، وإنما أوجب لأن في زعم المقر أن الدار ملك المقضي عليه، وأن القاضي أخطأ في قضائه بالدار له، وصار غاصباً لها، وقد عجز عن ردها بإقراره بالدار للمقر له، فصار ضامناً قيمتها.

من مشايخنا من قال: هذا الجواب مستقيم على قول محمد؛ لأن غصب العقار عنده يتحقق موجباً للضمان، غير مستقيم على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده غصب العقار لا يتحقق موجباً للضمان، ومنهم من قال: لا، بل هذا قول الكل؛ لأن المقر بإقراره للمقر له أتلف الملك على المقضي عليه، وعند أبي حنيفة العقار يضمن بإتلاف الملك، ألا يرى أن شاهدين لو شهدا بدار لرجل، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا عن شهادتهما، فإنهما يضمنان قيمة الدار للمشهود عليه، وإنما يضمنان بإتلاف الملك، كذا ههنا.

٨٠٣٤١- قال: ولو قال المقضي له: هذه الدار ليست لي، وإنما هي لفلان، وصدقه المقر له في ذلك، فالدار للمقر له، ولا ضمان على المقر للمقضي عليه؛ لأن قوله: ليست لي نفي الملك في الحال، فيحتمل أنه إنما نفاه لتحوله عن نفسه؛ لأنه ملكها من المقر له بعد القضاء، ويحتمل أنه إنما نفى الملك عن نفسه؛ لأنه لم يكن له من الأصل، فلا يثبت إكذاب الشهود، ولا ينقض القضاء بالشك، وصار الجواب في قوله: هذه الدار ليست لي إنما هي لفلان نظير الجواب في قوله: هذه الدار لفلان، لا حق لي فيه.

ولو أن القاضي لم يقض بالدار للمدعي حتى قال: هذه الدار لفلان، لا حق لي فيه، أو قال: هذه الدار ليست لي، إنما هي لفلان، فالقاضي لا يقضي له بالدار؛ لأن

كلامه محتمل يحتمل لا حق لي فيها، ليست لي؛ لأني ملكتها من فلان، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء، ويحتمل لا حق لي فيها، ليست لي؛ لأنها لم يكن لي من الأصل، وعلى هذا التقدير لا يجوز له القضاء، فلا يجوز له القضاء بالشك، وبعد القضاء الشك في نفس القضاء، والقضاء لا ينقض بالشك، قال: إلا أن يقول المقر في هذه الصورة: هي دار فلان بعتها منه بعد شهادة الشهود، أو يقول: وهبتها منه، وقبضها مني بعد ما غاب عن مجلس الشهادة، قال: ذلك موصولا بكلامه، فحينئذ القاضي يقضي له بالدار؛ لأن بهذا البيان انتفى احتمال أنه ليس له من الأصل، وبقي الاحتمال الآخر، وهو صيرورتها لفلان بتمليك من جهته بعد شهادة الشهود، وعلى هذا التقدير يجوز له القضاء، فلهذا يقضي له بالدار، ولكن يشترط أن يكون هذا البيان موصولا بإقراره؛ لأن هذا بيان مغيّر؛ لأنه لو لم يتكلم بهذا البيان، لكان لا يقضى له بالدار، وبهذا البيان يقضى، فكان هذا بيان تغيير، وبيان التغيير يصح موصولا، ولا يصح مفصولا، كالشرط والاستثناء.

١٥٣٠٩- قال محمد في "كتاب الأقضية": شاهدان شهدا لرجل بألف درهم من ثمن جارية، فقال المشهود له: إنه قد أشهدهما[1] هذه الشهادة، والذي لي عليه من ثمن متاع أجزت شهادتهما، قالوا: وتأويل المسألة إذا شهدوا على إقرار المدعى عليه بالألف من ثمن جارية، والمسألة محفوظة مذكورة في غير موضع من الكتاب أنه إذا ادعى على آخر ألف درهم من ثمن مبيع، وشهد له الشهود بالألف من ضمان جارية غصبها إياه، وقد هلكت أنه لا تقبل شهادتهم، ومثله في الإقرار، تقبل شهادتهم، واعتبر تكذيب المدعي الشاهد في السبب، ولم يعتبر تكذيب المقر له المقر في السبب.

والوجه في ذلك أن المدعي بتكذيب الشاهد في السبب كذبه في بعض ما شهد به، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض الشهادة مانع قبول الشهادة؛ لأنه تفسيق له، وشهادة الفاسق لا تقبل، والمقر له بتكذيب المقر في السبب إن كذبه في بعض ما أقر به، ولكن تكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يمنع صحة إقراره؛ فإقرار الفاسق صحيح مقبول بخلاف شهادة الفاسق، وإذا ثبت هذا ظهر أن المراد به الشهادة على إقراره، قلنا:

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل: أشهدناها

والإقرار الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وقد ذكرنا في الإقرار المعاين أنه صحيح ملزم مع اختلافهما في السبب، كذا هذا.

والدليل على أن تأويل المسألة ما قلنا: إن محمدًا قال في وضع المسألة، فقال: المشهود له قد أشهدهما هذه الشهادة، وهذا تنصيص على إقراره عندهما، فثبت أن تأويل المسألة ما قلنا من شهادتهما على الإقرار.

قال: وكذلك الكفالة لو شهدا أنه أقر أنه كفل بألف درهم عن فلان، فقال الطالب: قد أقر بذلك، ولكن الكفالة كانت عن فلان آخر؛ كان له أن يأخذه بالمال؛ لأنهما اتفقا في المقصود، فلا يضرهما الاختلاف في السبب.

ولو قال الطالب: إنه لم يقر بما قالا، ولكن الكفالة كانت عن فلان آخر، فالشهادة باطلة؛ لأنه أكذب شاهده فيما شهد به من إقرار المطلوب، فبطلت شهادته، بخلاف الأول؛ لأن ثمة لم يكذب شاهده، فثبت بشهادته فيما شهد به من إقرار المطلوب، فصار كالطالب ثم هو كذب المطلوب في إقراره بسبب المال، وقد مر أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يمنع قبول إقراره فيما بقي.

١٥٣١٠ – قال محمد في «الجامع الصغير»: في الرجل يدعي على رجل ألف درهم، فيقول المدعى عليه: ما كان لك علي شيء قط، أو قال: ليس لك علي شيء، ثم أقام البينة على القضاء، قبلت بينته؛ لأن التوفيق بين الكلامين ممكن، أما في قوله: ليس لك علي شيء فظاهر، فإنه يقول: ليس لك علي شيء؛ لأني قضيت، وأما في قوله: ما كان لك علي شيء قط؛ لأنه يمكن أن يقول: لم يكن لك علي شيء قط، لكن آذيتني بخصومتك الباطلة، فدفعت أذى خصومتك الباطلة بما طلبت مني.

ودلت هذه المسألة على أن التوفيق بين الكلامين إذا كان ممكنًا، فالقاضي يوفق ويقبل بينة المدعي من غير التوفيق، وذكر هذه المسألة في «المنتقى»، وقال: تقبل ذلك بينته[1] عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

١٥٣١١ – وإن قال: ما كان لك علي شيء قط، ولم أعرفك، ولم أكلمك، ولم

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل وم: منه

خالطك، ثم أقام البينة على القضاء، لا تقبل منه(١) بينته، هكذا ذكر المسألة ههنا؛ لأن التوفيق غير ممكن ههنا؛ إذ لا يتصور أن يكون بين الشخصين خصومة وقضاء، ولا يعرف أحدهما صاحبه، وذكر القدوري عن أصحابنا أنه يقبل البينة؛ لأن الرجل عسى يدعى على امرأة أو رجل وهو محتجب في داره، ويؤذيه بالشغب على باب داره، فيأمر بعض وكلائه أن يدفع إليه ما ادعى، فيدفعه الوكيل، فيكون قد قضاه وهو لا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك.

هذا إذا أقام البينة على الدفع والقضاء، فأما إذا أقام البينة على الإبراء، لم يذكر محمد هذا الفصل ههنا، قال بعض مشايخنا في شرح هذا الكتاب: ولا شك أنه تقبل بينته في الفصل الأول والثاني؛ لأن وجه التوفيق بينهما ظاهر، وكذلك في الفصل الثالث، قال: ويجب أن يكون قبول البينة في الفصل الثالث على الروايتين؛ لأن التوفيق ههنا ممكن؛ لأن الإبراء يتحقق من غير أن يعرف المدعى عليه صاحب الدين، بأن كان لرجل على آخر دين، فمات صاحب الدين، وورث الدين ابنه، وهو لا يعلم به المديون، ثم إن الابن أبرأ عن دينه، أو أبرأ أهل بلد كذا من دعاويه وديونه، والمدعى عليه من أهل تلك البلدة، فيكون داخلا تحت الإبراء، وإن لم يعرفه، ثم بعد ما ادعى عليه، وأنكر المدعى عليه المال، أخبر المدعى عليه شاهدان بما جرى من الأمر، فعرف المدعى عليه صاحب دينه، وإبراءه إياه عن الدين، فأقام الشاهدين اللذين أخبراه بذلك، فأما قضاء الدين، ودفع المال إلى إنسان، وهو لا يعرفه أصلا لا يكون، فيصير مناقضا في دعوى الدفع.

وذكر محمد في كفالة الأصل إذا قال المدعى عليه: لم يكن لك علي شيء قط، أو قال: لم يكن لك علي دين قط، ثم أقام البينة على القضاء، أو الإبراء، سمعت بينته، قال الشيخ الإمام خواهر زاده في شرح كتاب الكفالة: إن وفق، فقال: دفعت المال إليه افتداء عن اليمين قطعا للخصومة، لا قضاء عن الدين، قبلت بينته؛ لأنه زالت المناقضة، فيكون هذا في الحاصل دعوى الصلح على الإنكار.

وإن قال: دفعته قضاء عن الدين لا تقبل بينته؛ لتحقق المناقضة، وإن لم يبين

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل و م: لا تقبل بينته.

شيئاً، بل ادّعى القضاء مطلقاً، فالقياس أن تقبل بينته، وفي الاستحسان: لا تقبل، كما في الشهادة على الألف والخمسمائة.

قال: وكذلك في فصل الإبراء، وفي مسألة: لم يكن له عليّ دين، كما قلت، إلا أنه أبرأني عن دعوى الدين لا عن الدين تزول المناقضة، وتقبل بينته على الإبراء، وإن قال: أبرأني عن الدين، لا تقبل بينته لمكان التناقض، فإنه أقر أنه لم يكن عليه دين، ثم أقر أنه كان عليه دين لما ادّعى الإبراء عن الدين والمناقضة تمنع صحة الدعوى، ولا تقبل البينة بدون الدعوى.

وإن ذكر الإبراء مطلقاً، ولم يبين أنه أبرأه عن الدين، أو عن دعوى الدين، فالقياس أن تقبل بينته، وفي الاستحسان: لا تقبل.

١٥٣٦٢ - قال ابن سماعة عن محمد: في رجل ادّعى عليه عشرة آلاف درهم، فأنكرها، فسأل الحاكم المدعي، هل قبضت من فلان شيئاً؟ فأقر أنه قبض منه عشرة آلاف درهم، فبرأ الحاكم المدعى عليه من عشرة آلاف، فلما خرجا من عند الحاكم، قال المطلوب: لا، والله ما قبضتها مني، فجاء الطالب ببينة يشهدون على كلامه هذا، قال محمد: تقبل هذا من الطالب، وأقضي بها عليه.

١٥٣٦٣ - وعنه لو أقام الطالب البينة على هذا، لا يُقبل ذلك منه، لأنه لما لا تقبل بينته على المال للتناقض لمكان إقراره بالقبض، فإذا صدّقه في ذلك، وأقر أن القبض لم يكن انتفى التناقض؛ لأن التناقض يرتفع بتصديق الخصم، وربما أقام من البينة يثبت تصديقه، فقبلت منه

واستشهد لهذا برجل أقر أن لفلان عليه عشرة آلاف درهم، فقال الطالب: ليس لي عليك شيء، فقد برئ المطلوب؛ لأن الإقرار يرتد بتكذيب المقر له، فإن قال المطلوب بعد ذلك: بل لك عليّ عشرة آلاف درهم، فإنه يقضى به للطالب إذا ادعاه؛ لأنه استأنف الإقرار بالمال له، فإن صدقه في هذا الإقرار، كان له أن يأخذه، فكذلك في المسألة الأولى أثبت بشهادته إقراراً مستأنفاً منه، لم يتصل به التكذيب، فملك إثباته بالبينة.

قال محمد: وإن قال المطلوب: إنما قلت ما قبضتها مني، وأن أقيم البينة أنه

قبضته من وكيلي، لا تقبل بينته؛ لأن القبض من وكيله قبض منه أيضاً، فإقراره الأول يتناولهما جميعاً، فإذا ادعى القبض من وكيله، كان مناقضاً في دعواه، فلم يسمع منه.

قال: ألا ترى أن رجلاً لو قال: والله ما قبضت من فلان من الألف التي له علي، لا قليلاً ولا كثيراً، كان هذا القول على نفسه، وعلى وكيله ورسوله؛ لأن الإنسان يعد قابضاً بيد وكيله عادة، وقاضياً على يد نفسه ووكيله، فكذلك ههنا.

قال ابن سماعة: قال محمد: ولو جاء المطلوب ببينة تشهد أن رجلاً أجنبياً قضى هذا المال تطوعاً بها من ماله من غير أمر المطلوب، ولا وكالة عنه، قبلت ذلك، وهذا يستقيم أن يقول: ما قضيتها مني؛ ولكن تطوع بأدائها عني فلان، وهذا لأن فعل كل واحد يقتصر عليه بقضية الأصل، وإنما ينتقل إلى غيره بحكم الأمر، فإذا كان متطوعاً، لم يوجد الأمر، فبقي فعله مقصوراً عليه، فلا يصير قابضاً من المطلوب، فلم يثبت المناقضة، وقبلت الشهادة.

ولو قال المطلوب: ما قبضت من فلان، كان هذا نفي قبض نفس المطلوب ووكيله، وعلى كل واحد أجنبي وغيره، ولا أقبل منه البينة أنه قبضها من رجل أجنبي؛ لأن أضاف القبض إلى الألف، فإنه يصير قاصداً إلى قبضه من المطلوب، ويدخل الأجنبي بالقضاء حتى سقط الدين، فانتظم قبضه منه ومن غيره، فإذا ادعى القبض من أجنبي، كان مناقضاً في دعواه، فلا تقبل بينته، بخلاف الأول؛ فإن ثمة أضاف القبض إلى الألف إليه بكلمة من، وإنما يستعمل إذا كان القبض بسبب من فلان ليحصل معنى القران الذي وضعت كلمة من له، والقبض من الأجنبي لا يتحقق هذا المعنى، فلم يدخل تحت مطلق الكلام، فلم تثبت المناقضة، فقبلت الشهادة، أما ههنا بخلافه، على ما ذكرنا - والله أعلم.

الأول بقي للميت ، وتحويل الضمان قبل وجوب الضمان محال، فمتى قلت إن كان المعتق معسراً، سعى كل واحد من العبدين في ثلثي قيمته للابنين ، وإن كان موسراً ضمن ثلثي قيمة العبدين للابنين نصفان .

ولو كان ذلك بعد قضاء القاضي للبنت الأولى ، فإن كان ابن العم موسراً تقبل شهادتهما ؛ لأن المعتق إذا كان موسراً، لم يجب للبنت الأولى عليهما السعاية ، فهما بشهادتهما لا يحولا ضماناً وجب عليهما للأولى إلى الثانية .

وإن كان معسراً فهذا على وجهين : إما إن أقرت الأولى للأخرى ، أو لم تقر ، فإن لم تقر، لم تقبل شهادتهما ؛ لأنهما وجبت عليهما السعاية في نصف قيمتها للأولى ، فهما بشهادتهما يحولان سدس القيمة إلى الثانية ، ولهما في هذا التحويل فائدة ، فلا تقبل شهادتهما .

وإن أقرت الأولى للأخرى ، تقبل شهادتهما ، وإن حصل تحويل سدس القيمة من الأولى إلى الثانية، إلا أن هذا التحويل في الحاصل ما حصل بشهادتهما ، وإنما حصل بإقرار الأولى ، بدليل أنهما لو لم يشهدا بذلك ، كان سُدس القيمة مما وجب عليهما محولا إلى الأخرى ، فلا يكون ذلك مانعاً قبول شهادتهما .

وكذلك لو كانا دفعا نصف القيمة إلى الأولى بقضاء أو بغير قضاء ، ثم شهدا للأخرى ، لا تقبل شهادتهما ؛ لأنهما بهذه الشهادة يريدان إبطال بعض ما ملكا من الأولى ، وهو السدس ، وإذا لم تقبل شهادتهما ، بقيت الأخرى أمة للأولى وابن العم ، ولا يضمن الشاهدان للأخرى شيئاً .

وإن أقرا لها بسدس القيمة ، إلا أنها لما بقيت أمة كان الإقرار لها إقراراً لمولاها ، ومولاها ابن العم والجارية الأولى ، وهما يكذبان الشاهدين في إقرارهما للأخرى بشيء .

ومن أقر لمملوك إنسان بشيء ، وكذبه مولاه ، يبطل إقراره ، فإن عتقت الأخرى يوماً من الدهر، يضمن الشاهدان لها سُدس قيمتها ؛ لأنهما أقرا للأخرى بسدس قيمتها ، وهي تصدقهما في ذلك ، فيضمنان لها ذلك .

وهذا لا يشكل فيما إذا دفعا النصف إلى الأولى بقضاء؛ لأنهما أقرا أن الأخرى

ثلث قيمتهما، إلا أن سدسا من ذلك دفعاه إلى الأولى بقضاء قاضي، فلايكون عليهما ضمانه، فكان عليهما ما بقي إلى تمام ثلث قيمتهما، وذلك سدس قيمتهما لا غير.

إنما يشكل فيما إذا دفعا نصف قيمتهما إلى الأولى بغير قضاء، وفي هذا الوجه يجب أن يضمنا للأخرى ثلث قيمتهما؛ لأنهما أقرا للأخرى بثلث قيمتهما، ودفع السدس إلى الأولى كان بغير قضاء، فلا يبرئان منه، فكان عليهما ضمانه، وقد بقي عليهما سدس قيمتهما، فيضمان للأخرى ثلث قيمتهما لهذا.

وأجاب الفقيه أبو إسحاق الحافظ عن هذا الإشكال، وقال: بأن القاضي لما قضى عليهما بالسعاية للأولى في نصف القيمة، فقد قضى بدفع نصف القيمة إلى الأولى، فبعد ذلك إن وُجد القضاء بدفع النصف إليها مرة أخرى، فهو تأكيد لذلك القضاء، وإن لم يوجد كان القضاء الأول كافيًا، والدفع متى حصل بقضاء يوجب براءة الدافع عن قدر المدفوع.

١٥٣٦٥- ولو شهدا للأمة الأخرى أنها أخت الميت بعد ما شهدا للأولى أنها ابنة الميت، لا تقبل شهادتهما، قضى القاضي بشهادتهما للأولى، أو لم يقض؛ لأن في قبولها ابتداء إبطاله انتهاء؛ لأنه يظهر أن الميت ترك ابنة وأختا وابن عمّ، وفي هذه الحالة لا يكون لابن العم شيء؛ لكون الأخت عصبة في هذه الحالة، فظهر أن إعتاق ابن العم العبدين كان باطلا، وأنهما بقيا عبدين، وشهادة العبد لا تقبل، ولايضمن العبدان للأخت شيئًا، وإن أقرا لها بنصف قيمتها؛ لما قلنا فإن عتقت يومًا من الدهر ضمنا لها نصف قيمتها؛ لما مرّ.

رجل مات، فشهد قوم عند القاضي لرجل أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له غيره، فقضى القاضي بذلك، وقد كان للميت على رجل ألف درهم، فوهبه الأخ منه، أو وهب لإنسان عينًا من التركة، ثم شهد هذا الموهوب له، ورجل آخر لإنسان أنه ابن الميت، جازت شهادتهما؛ لأن هذه شهادة على الموهوب له، فإنه يبطل بهذه الشهادة ما حصل له بالهبة من العين والدين، وكانت هي من أصدق الشهادات.

وكان ينبغي أن لا تقبل شهادته فيما إذا كان الموهوب عينًا؛ لأن الموهوب إذا كان عينًا، فالهبة لا تتم إلا بقبول الموهوب له، فكان هو بهذه الشهادة ساعيًا إلى نقض ما تم

به، وهذا مانع قبول الشهادة.

والجواب عن هذا أن يقال: بأن السعي إلى نقض ما تم به، إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان هو لا يملك النقض بدون الشهادة، والموهوب له يملك الرد على الواهب من غير شهادة؛ لأن الهبة في جانب الموهوب له غير لازمة، وكان كالمرتهن إذا شهد لغيره بالرهن، حتى لو كانت الهبة بشرط العوض وتقابضا، ثم إن الموهوب له شهد مع رجل آخر أن هذا الرجل ابن الميت، كانت شهادتهما باطلة؛ لأنه ساع في نقض ما تم به، وهو لا يملك ذلك بدون الشهادة؛ لأن الهبة بشرط العوض لازمة من الجانبين، وصار هذا نظير ما لو اشترى رجل من هذا الأخ شيئًا من الميراث، ثم شهد المشتري مع رجل آخر بما قلنا، لم تقبل شهادتهما لما قلنا، وإذا لم تقبل هذه الشهادة، كان للمشهود له ببنوته أن يأخذ من الموهوب له، ومن المشتري ذلك العين إن كان قائمًا، وقيمته إن كان هالكًا، لأن الموهوب له زعم أن الهبة لم تصح.

وكذلك المشتري زعم أن الشراء لم يصح، وأن هذا العين ملك للابن، فيؤمر بالدفع إليه إن كان قائمًا، ويرد القيمة إن كان هالكًا، والذي ذكرنا في الهبة، كذلك الجواب في الصدقة -والله أعلم-.

فهرس المحتويات